Betrug

bei unerlaubten Rechtsgeschäften.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Froeschmann
aus Nürnberg
Rechtspraktikant am K. Landgericht Nürnberg.

ACAD. LEGUM BIBL.

Approbiert am 24. November 1905.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Referent: Universitätsprofessor Dr. Allfeld.

Dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0095

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Geschichtlicher Teil.

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des Betrugsbegriffs vom römischen Recht bis zur Gegenwart 3

§ 3. Orientierung über den Stand der Frage 7

II. Dogmatischer Teil.

§ 4. Vorbemerkung 14

Erstes Kapitel: **Betrug im Sinne des § 263 RStrGB.**

§ 5. Die Begriffsmerkmale des Betrugs im allgemeinen 15

§ 6. Die Täuschungshandlung. — Die Absicht des Täters 16

§ 7. Rechtswidriger Vermögensvorteil 17

§ 8. Die Vermögensbeschädigung 25

Zweites Kapitel: **Unerlaubte Rechtsgeschäfte.**

§ 9. Vorbemerkung 34

§ 10. Gesetzwidrige Rechtsgeschäfte 35

§ 11. Unsittliche Rechtsgeschäfte 37

§ 12. Die Bestimmung des § 817 BGB. im Verhältnis zu §§ 134 u. 138 BGB. 43

Drittes Kapitel: **Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften im Sinne des Strafrechts.**

§ 13. Die Abhängigkeit des Strafrechts von den Bestimmungen des Zivilrechts 45

§ 14. Die juristische Natur der Leistung des Getäuschten 50

§ 15. Über die Frage der Möglichkeit eines Betrugsversuchs 59

III. Schlußbemerkung.

§ 16. 70

Literaturverzeichnis.

Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. Jena 1902.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 17. Aufl. Leipzig 1895.

Binding, Lehrbuch des Strafrechts, bes. Teil. Bd. 1. 1902.

Brombacher, Die Begriffe „Vorteil", „Vermögensvorteil", „gewinnsüchtige Absicht" im deutschen Strafrecht. Erlangen 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Jena 1900.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1896.

Dörr, über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.

Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 8 u. 9.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs.

Erlanger, Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134 u. 138 BGB. mit § 817 BGB. Erlangen 1904.

Escher, Die Lehre von dem strafbaren Betrug und von der Fälschung. Zürich 1840.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1901.

Gerichtssaal.

Gryciecki, Studien über den strafbaren Betrug.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1884.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Berlin 1871—77.

Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Jena 1900. Der Zweck im Rechte. 2. Aufl. 1886.

Kohler, Treu und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug. Berlin 1892.

Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuchs. 1879.

Lauterburg, „Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihre Hauptformen."

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Aufl. Berlin 1905.

Löning, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt 1885.

Löwenfeld-Staudinger, Das StrGB. des Deutschen Reichs.

Lotmar, Der unmoralische Vertrag.
A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen. Bd. 2. Leipzig 1867.
J. Merkel, Die Vermögensbeschädigung beim Betrug. Nürnberg 1900.
H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Erlangen 1888.
Michel, Betrug im Zivilprozeß. Bei Beling, Strafr. Abh. Heft 13.
Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
Mommsen, Römisches Strafrecht. In Bindings Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig 1899.
Mugler, Der Begriff des Vorteils im deutschen Strafrecht. Landau 1901.
Oertmann, Kommentar zum BGB., Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 6. Aufl. 1901.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901.
Rommel, Der Betrug. Leipzig 1894.
v. Schwartze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1. Aufl. Leipzig 1879.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Stobbe, Deutsches Privatrecht. 1884/85.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Temme, Die Lehre vom Betrug nach preußischem Recht. Berlin 1841.
Villnow, Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei. Breslau 1975.
v. Wächter, Vorlesungen. 1861.
Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten. Leipzig 1839.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft.

Abkürzungen.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
GA. = Goltdammers Archiv.
GS. = Gerichtssaal.
RStrGB. = Reichsstrafgesetzbuch.
R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.

§ 1.

Einleitung.

In der folgenden Abhandlung soll versucht werden, einen Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug zu geben; insbesondere soll uns dabei die Frage beschäftigen, ob Betrug im Sinne des § 263 RStrGB. vorliegt, wenn der Getäuschte bezw. der Geschädigte den hingegebenen Vermögenswert infolge der unsittlichen Qualität oder infolge des gesetzwidrigen Inhalts der ihm in Aussicht gestellten Gegenleistung im Wege des Rechts nicht zurückfordern kann. So umfangreich und so mannigfaltig die Literatur ist, welche der § 263 RStrGB. hervorgerufen hat, so wenig finden wir eine eingehende und erschöpfende Erörterung unserer Spezialfrage. Nur ganz wenige sind es, die sich ausschließlich mit dieser Frage befassen; die meisten begnügen sich, gelegentlich unter Hervorhebung dieses oder jenes Punktes ihre Anschauung zu konstatieren, ohne eine nähere Begründung hierfür zu geben. Und doch scheint mir eine gründlichere Prüfung unserer Frage um so mehr geboten zu sein, da diese — schon an und für sich interessant — in jüngster Zeit insofern erhöhte Bedeutung erfahren hat, als das Reichsgericht den früher geteilten Standpunkt, wonach es in solchen Fällen Betrug angenommen, neuerdings verlassen und in einer Reihe von Entscheidungen das Vorliegen eines Betrugs verneint hat, eine Anschauung, die ebenowohl lebhaften Beifall wie entschiedenen Widerspruch erfahren hat.

Ein Blick auf die zur Erörterung gestellte Frage genügt, um erkennen zu lassen, daß dieselbe nicht allein auf Grund strafrechtlicher Studien zu lösen sein wird. Vielmehr verweist uns die Umschreibung des Themas unserer Abhandlung selbst in das Gebiet der vielumstrittenen Lehre von dem Verhältnis des Strafrechts zum bürgerlichen Recht, in das Grenzgebiet zwischen zivilrechtlichem und strafrechtlichem Betrug; wir werden prüfen müssen, ob, und wenn ja, inwieweit es

überhaupt angängig ist, das Strafrecht als einen Teil des öffentlichen Rechts von den Grundsätzen des Zivilrechts abhängig zu machen, Grundsätze des letzteren zum Maßstab zu nehmen bei der Beurteilung von Straffällen; wir werden vor allem aber auch die Tatbestandsmerkmale, wie sie der § 263 RStrGB. für das Vorliegen des Betrugs verlangt, genau feststellen müssen, bevor wir daran gehen können, zu untersuchen, ob diese in unsern Fällen gegeben sind.

Wollen wir zu einer richtigen Auffassung des Betrugsbegriffs kommen, so wird es ferner wesentlich sein, die geschichtliche Entwicklung dessen, was wir heute Betrug nennen, zu kennen; denn gerade die Stellung und Behandlung der Lehre vom Betrug im heutigen Recht wird sich nie deutlich kennzeichnen lassen, wenn wir nicht über die historische Entwicklung des Betrugsbegriffs unterrichtet sind. Ich halte es daher für angezeigt, bevor wir in die eigentliche Erörterung unseres Themas eintreten, einen kurzen Rückblick auf diese Entwicklung zu werfen und im Anschluß daran eine Orientierung über den Stand unserer Frage zu geben.

I. Geschichtlicher Teil.

§ 2.

Die Entwicklung des Betrugsbegriffs vom römischen Recht bis zur Gegenwart.

I. Ein Volk, das eine einfache Lebensweise führt, bei dem Industrie und Kultur, Handel und Verkehr noch nicht Eingang gefunden haben oder doch erst sich zu entfalten beginnen, wird Strafgesetze gegen Betrugsfälle nicht benötigen; denn der Betrug ist das Produkt eines bereits entwickelten Verkehrslebens, wo jeder auf seinen Vorteil bedacht ist ohne Rücksicht darauf, ob durch sein Vorgehen die Rechte anderer geschmälert oder gar vernichtet werden. Andererseits ist es natürlich, daß sich zunächst das Bestreben geltend machen wird, Ersatz für den erlittenen Schaden auf dem Wege des Zivilrechts zu suchen; denn „Gewalt und Betrug zu beseitigen, ist", wie Mommsen[1]) sagt, „die Aufgabe des Zivilrechts". So kann es nicht wundernehmen, daß die Römer erst spät das Bedürfnis empfanden, Strafgesetze gegen Betrug zu schaffen; vorerst waren es nur einzelne Fälle, die man mit Strafen belegte, und die man später unter dem Schlagwort falsum zusammenfaßte und mehrfach erweiterte. Erst im zweiten Jahrhundert der Kaiserzeit, wenn nicht noch später, führten die immer häufiger werdenden Fälle von Betrügereien zur Entstehung des generellen Prinzips des stellionatus. Zwei Wege standen hier offen: entweder man kassierte die durch Betrug erzwungenen Rechtsgeschäfte, oder man gewährte dem Verletzten eine eigene Klage; eine solche war aber bis dahin nach Anlage des Zivilrechts nicht vorhanden.[2]) Da die erstere außerordentliche Rechtshilfe infolge ihrer engen Verknüpfung mit den

---

[1]) s. Mommsen a. a. O. S. 667 ff., 678 ff.

[2]) vgl. hierüber und über das Folgende Mommsen a. a. O.

zivilrechtlich nicht deliktischen Ordnungen im Strafrecht aus Utilitätsgründen nicht behandelt werden kann, so entschied man sich für die letztere und fügte für die Fälle, wo die ediktalen deliktischen wie nicht deliktischen Klagen versagten und ihre Anwendung auch im Wege der Erweiterung nicht möglich war, wo aber andererseits nach Lage des Falles Rechtshilfe durch die Obrigkeit erforderlich war, in die allgemeine Klagerechtsordnung den stellionatus als außerordentliche Ergänzungsklage ein. Hatte man vorher auf die wichtigsten Fälle böswilliger Täuschung durch Wort oder Werk das Falsum angewendet und diese z. B. in Sullas Testaments- und Münzgesetz verpönten Straftaten einzeln bezeichnet, so trat nun neben dieses als crimen extraordinarium der stellionatus als allgemeines Aushilfedelikt; die persecutio stellionatus sollte überall da gegeben sein, wo das Vermögen eines anderen in arglistiger Weise rechtswidrig beschädigt worden war, soweit diese Beschädigung nicht eine andere Strafklage begründete.[1]) Im Gegensatz zum falsum, bei dem weder ein Schaden noch die Verletzung einer bestimmten Person gefordert wurde, und im Gegensatz zum furtum, das die contrectatio eines bestimmten Vermögensstückes verlangte, setzte die persecutio stellionatus die Benachteiligung des Vermögens einer Person voraus (so Merkel 2; vgl. auch Temme 12 und Rommel 2).

II. Die Quellen des älteren deutschen Rechts erwähnen nur vereinzelt den Betrug, dagegen wird er in der Rechtsprechung häufig mit schweren Strafen, selbst mit dem Tode bestraft. Der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. ist er unbekannt. Da das römische Strafrecht, dem sich die spätere Landesgesetzgebung angeschlossen hatte, selbst keine strikte Definition des Stellionatsbegriffs geschaffen hatte, so entstand bald eine große Verwirrung hinsichtlich des Umfangs und Wesens der Begriffe des falsum und des stellionatus, welche sich auch dem gemeinen Recht mitteilte. Man fand das ausschlaggebende Moment in

[1]) cf. l. 3 § 1 D. 47, 20. Stellionatum autem obici posse his qui dolo quid fecerunt sciendum est, si aliud crimen non sit quod obiciatur . . . Ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet si quis forte rem obligatam, dissimulata obligatione per calliditatem alii detraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent . . . vgl. auch l. 15 § 2 D. de pign. und l. 36 § 1 D. de pign. act.

dem der Wahrheitsentstellung und erklärte Betrug schon dann für gegeben, wenn „das Recht auf Wahrheit“ verletzt war. Dazu kam das Streben, beide Delikte, sowohl das falsum als auch den stellionatus, wieder unter einen beide Verbrechensarten umfassenden Begriff zu bringen, so daß die Verwirrung immer größer wurde. Noch Carpzov und die ihm folgenden Schriftsteller erklärten den stellionatus als ein jeder praktischen Bedeutung entbehrendes Aushilfedelikt; erst zu Ende des 18. Jahrhunderts unternahmen es Kleinschrodt, Grolmann und Feuerbach, die Lehre vom Betrug und von der Fälschung einer wissenschaftlichen Untersuchung zu unterziehen, ohne jedoch genügende Klarheit zu schaffen; man erachtete auch jetzt noch für den Begriff des Betrugs, der natürlich durch seine Vermengung mit dem falsum eine bedeutende Erweiterung erfahren hatte, eine Schädigung des Vermögens als unwesentlich; auch die Verletzung der Gesundheit konnte einen solchen Schaden darstellen.[1])

III. In bedeutendem Maße gefördert wurde die langsame Entwicklung des Betrugsbegriffs durch das allgem. Landrecht, welches im § 256 Teil 2 Tit. 20 bestimmte: „Jede vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums, wodurch jemand an seinem Recht gekränkt werden soll, ist ein Betrug.“ Mit Recht weist Temme[2]) darauf hin, daß das zu verletzende Recht sich auf nichts anderes als auf das Vermögen beziehen könne, und bemerkt dann weiter: „Der Begriff des Betrugs nach dem allgem. Landrecht wird hiernach dahin aufzustellen sein, daß er besteht in einer durch listige Täuschung vorsätzlich in gewinnsüchtiger Absicht hervorgebrachte Verletzung eines fremden Vermögensrechts.“ Mit der Bestimmung des allgem. Landrechts war somit das Erfordernis der „Vermögensbeschädigung“ und der „gewinnsüchtigen Absicht“ gegeben.

IV. In den preußischen Entwürfen zu einem Strafgesetzbuch macht sich ein konstantes Schwanken hinsichtlich des eben genannten Erfordernisses der Vermögensbeschädigung bemerkbar. Während der Entwurf von 1827 einen allgemeinen Betrugsbegriff überhaupt nicht aufstellte, sich vielmehr auf eine Aufzählung der einzelnen Betrugsverbrechen beschränkte, verlangte der Entwurf aus dem Jahre 1830 Beschädigung

[1]) Weiske 2, 74.
[2]) Temme, 30.

des Getäuschten „zum Nachteil seines Rechts am Vermögen“ (§ 395) und „Identität des Vermögensschadens auf seiten des Getäuschten und des erlangten Vorteils auf seiten des Täuschenden“; die beiden Entwürfe aus den Jahren 1833 und 1836 bestimmten dann hinwiederum, daß der Eintritt eines wirklichen Schadens für die Vollendung des Betrugs nicht erforderlich sei, und erst im Entwurf von 1840 drang die entgegengesetzte Meinung durch; das Resultat dieser vielen Schwankungen war der § 241 des preuß. StrGB. vom 14. April 1851, der bestimmte:

> „Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht Betrug.“

V. Es würde zu weit führen, auch die übrigen partikularrechtlichen Strafgesetzgebungen aus dieser Zeit einer näheren Betrachtung zu unterziehen; sie stimmen im wesentlichen mit der Diktion des preußischen Strafgesetzbuchs überein; von besonderem Interesse für unsere Abhandlung ist die Bestimmung des badischen Strafgesetzbuchs, welches im § 452 Z. 2 einen Betrug nur dann als strafbar erklärt, wenn dem Beschädigten eine Zivilklage gegen den Betrüger gegeben ist; jedoch trifft dieser Satz, wie Merkel richtig betont,[1]) nur auf solche Fälle zu, wo es sich um Übervorteilungen beim Abschluß von Verträgen handelt, so daß „der Betrug bei unerlaubten Geschäften, welcher auf das gesamte Vertragsobjekt gerichtet ist, trotz Wegfalls der Zivilklage als krimineller Betrug zu behandeln wäre“. Die weiteren von Merkel a. a. O. genannten Stellen aus dem sächsischen, württembergischen, braunschweigischen, thüringischen und hannöverschen Strafgesetzbuch beanspruchen nur historisches Interesse, sind jedoch praktisch für unsere Abhandlung nicht verwendbar, weshalb hier lediglich auf dieselben verwiesen sei.

VI. Hatte sich das preußische Strafgesetzbuch mit der Aufstellung des immerhin noch sehr dehnbaren Erfordernisses der „gewinnsüchtigen Absicht“ begnügt, so bestimmte der § 237 des ersten Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 dasselbe genauer dahin, daß es eine Absicht sein müsse, „sich oder einem andern

[1]) Merkel, Krim. Abh. 2, 302.

rechtswidrigen Gewinn zu verschaffen". Der sogen. revidierte Entwurf vom 31. Dezember 1869 fixierte endlich den Betrugsbegriff so, wie er jetzt auch im Reichsstrafgesetzbuch festgestellt ist, das lediglich den sogen. „qualifizierten" Betrug fallen ließ. So war der Betrug wieder auf das Gebiet des Vermögens beschränkt.

VII. Wir sehen somit, daß die Entwicklung unsrer Lehre vom strafbaren Betrug sich nur sehr langsam vollzogen, daß insbesondere das Merkmal der Vermögensbeschädigung lange keine Anerkennung gefunden hat; man wird aber auch in der Annahme nicht fehlgehen, daß diese Entwicklung noch nicht ihren Abschluß erreicht hat; dies beweisen die mannigfachen Streitfragen in Theorie und Praxis, der Schwierigkeiten nicht entbehrend.

§ 3.

Orientierung über den Stand der Frage.

Die Frage, die hier behandelt werden soll, ist weniger eine Streitfrage der Theorie als vielmehr eine solche der Praxis, und gerade dieser Umstand bedingt eine genaue Prüfung der hier obwaltenden Umstände; denn die Fälle, wie sie Gegenstand dieser Arbeit sind, sind durchaus keine Seltenheit. Meist handelt es sich um leichtgläubige Personen, die sich durch Vorspiegelung unsittlicher oder unerlaubter Gegenleistungen täuschen und hierdurch bestimmen lassen, Vermögenswerte hinzugeben, um dann einsehen zu müssen, daß sie einem raffinierten Schwindler, der mit ihrer Gutgläubigkeit rechnete, zum Opfer gefallen, daß sie, wie es der Sprachgebrauch des Volkes bezeichnet, „geprellt" worden sind. Fälle dieser Art finden sich, das wurde eben erwähnt, heutzutage nur gar zu häufig, und sie erfordern deshalb ein besonderes Interesse.

Der Laie wird in der Regel diese beiden großen Gruppen von Rechtsgeschäften, wie sie unser Thema aufführt, nicht einheitlich beurteilen, er wird zwischen beiden scheiden. Der Laie wird z. B. dann, wenn ein Dieb den andern „betrügt", sofort sagen, daß es nicht Sache des Staates als des Hüters von Recht und Gesetz sei, hier einzuschreiten, wo zwei Gauner sich gegenseitig täuschen. Wird

er aber auch dann stets das Vorliegen eines Betrugs verneinen, wenn z. B. eine öffentliche Dirne sich für die in Aussicht gestellte Gewährung des Beischlafs Geld zahlen läßt, ohne ihre Zusicherung zu erfüllen? Wird hier nicht im Gegenteil der Laie den „Betrug" bejahen? Wie kommt dies? Der Grund hierfür liegt m. E. in der allgemeinen rechtlich und moralisch verschiedenen Auffassung und Beurteilung des beiderseitigen Handelns, des Handelns sowohl des Täuschenden wie des Getäuschten. In dem einen Fall bezieht sich der Betrug auf ein beiderseitiges Verbrechen, also auf ein offenes Auflehnen gegen Recht und Gesetz seitens des Täuschenden wie des Getäuschten; in dem andern Fall handelt es sich allerdings auch um ein beiderseitiges unsittliches Geschäft; allein der Laie beurteilt die unsittliche Handlung des einen milder als die nach seiner Anschauung unsittliche und verbrecherische des andern; er wird den Zweck, zu dem z. B. die Mannsperson das Geld gegeben hat, ausschalten und lediglich die Leistung zur rechtlichen Beurteilung heranziehen. Bleibt dann die Gegenleistung aus, so wird er ohne Bedenken eine Schädigung des Vermögens des Getäuschten konstatieren und den Betrug bejahen.

Es mag hier gleich bemerkt werden, daß diese Unterscheidung des Laien ebenso verfehlt ist wie diejenige Eschers,[1]) der, wie wir später sehen werden, differenziert zwischen solchen Leistungen, die absolut „unbedingt" (nach dem Naturrecht oder der Moral), und solchen, die nur durch positive Gesetze verboten sind. Der moderne Staat, der ein Rechtsstaat ist, und in dem der ganze Verkehr der Menschen untereinander durch positive Gesetzesnormen seine Regelung gefunden hat, steht bekanntlich auf dem Standpunkt, daß unsittliche Rechtsgeschäfte ebenso nichtig sein sollen wie solche, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Beide Arten sind als der Rechtsordnung zuwiderlaufend zu erachten und daher gleichmäßig zu behandeln. Darüber herrscht auch in Theorie und Praxis kein Streit; wohl aber besteht ein solcher hinsichtlich der Möglichkeit der Bestrafung eines bei solchen Rechtsgeschäften begangenen „Betrugs".

Was zunächst die Rechtsprechung anlangt, so findet sich eine interessante Entscheidung in dem Urteil des Obertribunals vom 28. März 1856, welches den Satz aufstellte, daß von strafrechtlicher

[1]) Escher a. a. O. 132ff.

Verfolgung nur da die Rede sein könne, wo der Betrug zivilrechtliche Anfechtbarkeit oder doch Entschädigungsansprüche begründe. Darnach wäre also in Fällen gegenwärtiger Art ein strafbarer Betrug nicht gegeben.

Das Reichsgericht stand früher, wie bereits in der Einleitung bemerkt wurde, auf dem Standpunkt, daß bei unsittlichen oder gegen das Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäften Betrug im Rechtssinne sehr wohl begangen werden könne (s. RG. Urt. v. 17. 2. 1882 E. 15, 138); allein in der Folgezeit hat das Reichsgericht, wie es dies ausdrücklich in dem Urt. v. 3. 7. 1903 (E. 36, 336ff.) hervorhebt, im Gegensatz zu jenen früheren Entscheidungen das Vorliegen des Betrugs verneint.[1])

In der Literatur war es Escher[2]), der sich als erster mit diesem Problem beschäftigte. Escher unterscheidet, wie schon erwähnt, zwischen denjenigen Leistungen, die „unbedingt (nach dem Naturrecht oder der Moral) unerlaubt sind, und denjenigen Leistungen, „die nur durch positive Gesetze verboten sind". Sei der Vertrag auf eine absolut unerlaubte (moralisch schändliche, schlechte) Handlung gerichtet, so sei er absolut ungiltig und eine kriminelle Bestrafung wegen eines dabei begangenen „Betrugs" unmöglich; anders, wenn der Vertrag auf eine Leistung gerichtet sei, der nur ein positives Verbot entgegenstehe. Hier könne Betrug im strafrechtlichen Sinne zweifellos begangen werden.

Aus demselben Jahre, aus dem Eschers Werk stammt, datiert auch die Schrift Temmes: „Die Lehre vom strafbaren Betrug nach preußischem Rechte", in der unser Thema gleichfalls behandelt wird.[3]) Temme gibt zwar die von Escher getroffene Unterscheidung auf, differenziert aber seinerseits zwischen Rechtsgeschäften, die in Beziehung auf eine bereits geschehene unerlaubte Handlung abgeschlossen wurden, und solchen Rechtsgeschäften, die über eine künftige unerlaubte Handlung abgeschlossen werden. Hinsichtlich der ersten Art von Fällen findet Temme das Kriterium in der Rechtsverletzung. Wenn auch der Getäuschte die condictio ex iniusta causa nicht habe, so sei ihm doch ein materieller Schaden an seinem Vermögen erwachsen, und dieser Schaden sei um so größer, als eben der Getäuschte jene condictio nicht habe. Hierin aber, bemerkt Temme weiter, liege zweifellos auch eine

[1]) vgl. E. 19, 186; 24, 408; 26, 300; 37, 30, 361.

[2]) Escher a. a. O. 132 ff.

[3]) Temme a. a. O. 80 ff.

Verletzung seines Rechts hinsichtlich seines Vermögens; denn wenn gleich die Täuschung sich auf eine verbotene Handlung bezogen habe, so hätte doch der Getäuschte gewiß das Recht gehabt, zu verlangen, daß ihm sein Vermögen durch eine positive Täuschung nicht geschmälert werde. Er hätte ferner offenbar ein Interesse daran gehabt, ob ihm jener die Wahrheit oder die Unwahrheit gesagt habe. Zu dem allem komme aber noch, daß einerseits das crimen stellionatus nicht nur nicht abhängig sei von der condictio ex iniusta causa, daß vielmehr andrerseits dasselbe gerade extraordinarie verfolgt werde. Daher sei in dieser ersten Reihe von Fällen das crimen stellionatus begründet; bezüglich der zweiten Gruppe von Fällen kommt es nach Temme darauf an, ob sich der Betrug auf die wirklich geleistete Handlung beziehe oder auf den Abschluß des Geschäfts über die unerlaubte Handlung selbst. Sei die erste Voraussetzung gegeben, so könne nach dem oben Gesagten Betrug sehr wohl vorliegen; handle es sich jedoch um einen Betrug, der sich auf den Abschluß des Geschäfts über die unerlaubte Handlung selbst beziehe, so könne von einem Betrug nicht die Rede sein, da sich die Täuschung auf etwas Zukünftiges bezogen habe; es sei dem Getäuschten bloß ein Gewinn entgangen, den er durch die unerlaubte Handlung gemacht haben würde. Derjenige, der hier den Kürzeren ziehe, habe es sich selbst zuzumessen, wenn das Vertrauen, das er unrechtlich bei einer unrechtlichen Sache in einen unrechtlichen Menschen gesetzt, von diesem nicht gerechtfertigt worden sei; es sei jedoch unter Umständen die Möglichkeit eines Betrugsversuchs nicht ausgeschlossen.

Einer andern Anschauung begegnen wir bei Köstlin.[1]) Nach ihm ist nicht der Umstand, daß auf der Seite des Betrogenen keine Rechtsverletzung anzunehmen sei, maßgebend für den Wegfall der Zivilklage, sondern der Grund hierfür wird von Köstlin nur darin gefunden, daß „in pari turpitudine melior est condictio possidentis". Fehle es nun aber an der Rechtsverletzung nicht, so sei der Betrug bei einem unerlaubten Geschäfte um nichts weniger strafbar als bei einem erlaubten, da der Grundsatz dolus dolo compensatur im Strafrecht durchaus unanwendbar sei.

Merkel,[2]) der unsre Frage vielleicht am eingehendsten behandelt

[1]) s. Merkel, Krim. Abh. 2, 224.

[2]) Merkel a. a. O. 2, 222ff.

hat, negiert — de lege ferenda[1]) die Möglichkeit, den unter Vorspiegelung eines sittlich verwerflichen Äquivalents verübten Betrug unter die verbrecherischen Eingriffe in fremde Vermögensrechte einzureihen, da die vorgespiegelte Gegenleistung sich hier als eine moralische und juristische Unmöglichkeit darstelle; der Entgang eines solchen juristisch unmöglichen Gewinns sei aber, juristisch betrachtet, gleich Null, und der Privatwille könne daher vom juristischen Standpunkt aus nicht als verletzt erscheinen.

Mit dieser Ansicht deckt sich auch die Anschauung Hälschners.[2]) Hälschner erachtet in vorliegenden Fällen Betrug gleichfalls für ausgeschlossen, indem er a. a. O. bemerkt: „Handelt es sich bei der Vermögensbeschädigung als Moment im Tatbestand des Betrugs nicht bloß um irgendwelchen erlittenen Nachteil, sondern um die Verletzung des Vermögensrechtes, so folgt, daß jede Beschädigung oder Entziehung von Vermögenswerten, an denen dem Benachteiligten kein Recht zusteht, vom Tatbestand des Betrugs ausgeschlossen ist. Das gleiche gilt aber auch in dem Falle, fährt Hälschner fort, daß der Getäuschte zu einer Leistung bestimmt wurde durch Vorspiegelung einer moralisch und rechtlich unmöglichen Gegenleistung; denn wenn er zwar wider seinen Willen einen Vermögensverlust erlitt, so kann doch der auf Erlangung einer rechtlich unmöglichen Gegenleistung gerichtete Wille als ein rechtlicher und widerrechtlich verletzbarer ebensowenig strafrechtlich wie zivilrechtlich anerkannt werden."

Zu dem gleichen Resultat, wenn auch auf andrem Wege, kommt Frank.[3]) Nach ihm liegt trotz Vermögensbeschädigung kein Betrug vor, wenn der erstrebte Vermögensvorteil kein rechtswidriger ist oder der Täter ihn nicht dafür hält. Unter „rechtswidrig" versteht aber Frank[4]) im Gegensatz zur herrschenden Lehre nur einen solchen Vermögensvorteil, den der Gewährende im Rechtsweg zurückfordern

---

[1]) Die krim. Abh. sind im Jahre 1867 erschienen, also noch vor dem sogen. revidierten Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und behandeln die Lehre vom Betrug vom legislativen Standpunkte; de lege lata hat sich Merkel der gegenteiligen Ansicht angeschlossen; s. Holtzendorffs HB. 3, 759.

[2]) Hälschner, Lehrbuch 256.

[3]) Frank, Kommentar § 263 VI N. 3c.

[4]) Derselbe, Kommentar § 253 IV und 263 VI; Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft 14, 392.

kann. Da diese letztere Möglichkeit in unsren Fällen nicht gegeben ist, so ist das Endergebnis der Erwägungen Franks selbstverständlich, daß Betrug nicht vorliegt, wenn der erstattete Vermögensvorteil in der Entziehung eines des Rechtsschutzes entbehrenden Objekts besteht; namentlich sei ein solcher „Betrug" straflos, der bei einem unsittlichen z. B. kupplerischen Beitrag auf einer Seite unterlaufe.

v. Liszt[1]) erklärt gleichfalls Betrug für ausgeschlossen, wenn der „Anspruch", in welchem der Getäuschte beschädigt worden sei, vom Rechte nicht anerkannt werde. Ihm schließt sich an Kohler,[2]) der einen Betrug „in der Welt des Delikts" nicht anzuerkennen vermag; beziehe sich die schädigende Täuschung auf die Erfolge eines beiderseitigen Verbrechens, so könne von einer strafrechtlichen Repression ebensowenig die Rede sein wie von einer zivilistischen; anders wäre es allerdings, meint Kohler, wenn der Fall so läge, daß der Geprellte nicht den nötigen Einblick in die Sache hätte, um die unsittliche Qualität der versprochenen Gegenleistung einzusehen.

Nach Binding[3]) gehören die Inhaber von nichtigen Rechten, einerlei von wann diese Nichtigkeit stammt, ebenso wie die rechtlosen Detentoren und juristischen Besitzer als solche zu den untauglichen Objekten des Betrugs.

Für Oppenhoff[4]) kommen Ansprüche, welche auf unsittlichen, unerlaubten, bezw. strafbaren Handlungen des angeblich Berechtigten beruhen, bei dem Begriff des Vermögens überhaupt nicht in Betracht; es liege kein Betrug vor, wenn jemand durch Vorspiegelung einer sittlich und rechtlich unmöglichen Gegenleistung zu einer sein Vermögen mindernden Aufwendung bestimmt werde. Mit Oppenhoff stimmt völlig überein Olshausen.[5]) Auch J. Merkels Dissertation[6]) vertritt diesen Standpunkt.

Demgegenüber hat die Anschauung des Reichsgerichts und seiner Anhänger scharfen Widerspruch erfahren einerseits durch Rommel[7])

---

[1]) v. Liszt, Lehrbuch 471.
[2]) Kohler, Treu und Glauben im Verkehr 43 f.
[3]) Binding, Lehrbuch 1, 343.
[4]) Oppenhoff, Kommentar § 265 N. 5a und 19a.
[5]) Olshausen, Kommentar § 263 Anm. 45.
[6]) J. Merkel, Vermögensbeschädigung beim Betrug 20.
[7]) Rommel, Der Betrug 91.

und andrerseits durch Lindenberg und Galli.[1]) Übereinstimmend halten sie es nicht für gerechtfertigt, das Zivilrecht als Maßstab zu nehmen für die Beurteilung strafrechtlicher Fragen; sie beschränken sich aber nicht nur auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt, sondern führen auch noch eine Anzahl praktischer Gründe an, um die Ansicht zu widerlegen, daß Betrug bei unsittlichen oder unerlaubten Rechtsgeschäften juristisch betrachtet nicht möglich sei, indem sie auf die Gefahren aufmerksam machen, welche durch die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtshofes dem praktischen Leben erwachsen können und werden. Es sei vom Standpunkt des Staates aus, der Moralität und Rechtlichkeit heben und schützen solle, höchst bedenklich, ein solches „im Finstern schleichendes" Gewerbe in dieser Weise zu privilegieren; es müsse auch in solchen Fällen eine Bestrafung wegen Betrugs erfolgen.

Damit wäre eine Zusammenstellung der wichtigsten über unsere Frage erfolgten Äußerungen gegeben; im folgenden sollen dieselben nun kritisch erörtert werden.

---

[1]) DJZ. 9 S. 425, 1055, 1126; 10, 236.

II. Dogmatischer Teil.

§ 4.

Vorbemerkung.

Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, daß wir es hier mit solchen Fällen zu tun haben, in denen unsittliche gegen das Gesetz verstoßende Versprechungen von dem Täter als Lockmittel benutzt werden, um von vertrauensseligen Personen Geld oder sonst welche Vermögensvorteile zu erlangen. Solche „Betrügereien" ereignen sich nicht selten. Man denke beispielsweise an den schon oft vorgekommenen Fall, wo Schwangeren gänzlich unwirksame Abortivmittel gegen Entgelt angeboten werden, oder wo jemand sich als einflußreiche Persönlichkeit ausgibt, die dem andern durch Bestechung von Beamten Vorteile zusichert, wenn dieser sich irgend welchen unsittlichen oder gesetzwidrigen Bedingungen unterwirft und dergl. mehr.

Soll hier das Strafrecht die „Verletzung der Vermögensrechte" ignorieren und dem Getäuschten den Schutz des Staates versagen? Soll, wie Lindenberg fragt, „der Staat die durch Abschluß solcher Verträge verübte Ausplünderung moralisch schwacher Personen ungestraft geschehen lassen?" oder soll nicht vielmehr die Handlung des Täuschenden doch strafrechtliche Ahndung finden?

Das Reichsgericht hat bekanntlich hier in konstanter Rechtsprechung Betrug verneint und damit ein Privileg für derartige Betrügereien geschaffen. Ist dieser Standpunkt zu halten, und soll es wirklich auch hier heißen: Roma locuta, causa finita?

Erstes Kapitel.

Betrug im Sinne des § 263 RStrGB.

§ 5.

Die Begriffsmerkmale des Betrugs im allgemeinen.

Die Beantwortung der Frage, die wir uns als Thema unsrer Abhandlung gestellt haben, erheischt zunächst eine genaue Feststellung der Begriffsmerkmale des Betrugs. Wir haben in dem geschichtlichen Teil unserer Arbeit gesehen, wie lange es gewährt hat, bis man das wahre Wesen des Betrugs als das eines Vermögensdeliktes zu erfassen vermochte, wie es erst der jüngsten Zeit vorbehalten war, aus den verworrenen Anschauungen das Richtige herauszuschälen und Klarheit zu schaffen. Das Endergebnis des langwierigen Entwicklungsprozesses war der § 263 RStrGB., welcher bestimmt:

> „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betrugs . . . bestraft."

Die Momente, welche den Tatbestand des Betrugs im Sinne des § 263 RStrGB. erfüllen und ausmachen, sind somit:

1. als Mittel: die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen;

2. als Zweck: die Erlangung eines Vermögensvorteils, und zwar muß dieser ein rechtswidriger sein;

3. als unmittelbarer Erfolg: die Erregung und Unterhaltung eines Irrtums und

4. als mittelbarer Erfolg: ein unter dem Einfluß dieses Irrtums stehendes Handeln des Getäuschten, welches zur Vermögensbeschädigung führt, d. h. die Täuschungshandlung und die Vermögensbeschädigung müssen in ursächlichem Zusammenhang stehen.

Diese Tatbestandsmerkmale müssen, soll unsre Frage, ob Betrug bei unsittlichen oder gesetzwidrigen Rechtsgeschäften möglich sei, bejaht werden, sämtlich nachgewiesen sein. Ist dies nun auch der Fall?

§ 6.

Die Täuschungshandlung. — Die Absicht des Täters.

Die oben in § 5 unter Ziff. 1 und 3 genannten Requisite des Betrugs werden im einzelnen Fall hinsichtlich ihrer Feststellung kaum eine Schwierigkeit bereiten. Derjenige, der sich als Beamter ausgibt, ohne es zu sein, täuscht ebenso wie die Dirne, welche die Gewährung des Beischlafs vorspiegelt. Daß diese Tatsachen entstellen oder vorspiegeln und dadurch in dem leichtgläubigen andern einen Irrtum erregen, dürfte in unsern Fällen über jeden Zweifel erhaben sein; dagegen betreten wir mit dem unter Ziffer 2 geforderten Moment bereits den Boden heiß umstrittener Rechtsfragen.

Zum Tatbestand des Betrugs wird weiter die „Absicht" verlangt, „sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Zunächst die „Absicht". Was ist darunter zu verstehen?

Viele, darunter vor allem Binding[1]) und Berner,[2]) gebrauchen das Wort „Absicht" hier gleichbedeutend mit „Vorsatz", indem sie, wie dies z. B. Berner tut, sagen, daß die Absicht des Täters nicht nur auf die Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sei, sondern auch auf die Täuschung und auf die Beschädigung des fremden Vermögens. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden; insbesondere ist m. E. die Anschauung Bindings unrichtig, daß die Absicht auf Vollendung des Bereicherungsdelikts gerichtet sei und hier gar nichts andres bedeute wie den Vorsatz desselben. Das Wort „Absicht" will vielmehr besagen, daß der Wille des Täters auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet sein müsse; den Vermögensvorteil sich oder einem Dritten zu verschaffen, ist das Ziel, ist der Zweck, den der Täter durch seine Handlung erreichen will; der Täter will den Vorteil, der ihm aus dem erstrebten Vermögensvorteil erwächst, sich zuwenden bezw. einem andern sichern. Es wird sich daher diese Absicht nicht ersetzen lassen durch das Bewußtsein, daß die täuschende Handlung ihm einen Vermögensvorteil bringen werde, vielmehr muß, wie dies auch das Reichsgericht ausspricht,[3]) die Absicht des Täters unmittelbar

[1]) Binding, Lehrbuch 364.
[2]) Berner a. a. O. 575.
[3]) s. RGE. 15, 9.

auf die Erreichung des Vermögensvorteils gerichtet sein. Etwas anderes als der Zweck, den man erstrebt, ist der Beweggrund, der jemand zu einer bestimmten Handlung verleitet, der zu einer bestimmten Tat treibt; der Beweggrund ist hier ein Gefühl des Mangels am Vermögen in Verbindung mit dem Willen, diesem Mangel abzuhelfen; der Zweck, die Absicht, sich zu bereichern. Es ist daher auch nicht zutreffend, wenn v. Liszt[1]) fordert, daß die Bereicherungsabsicht als Beweggrund des Handelns zum Vorsatz als dem Bewußtsein der Beschädigung durch Täuschung hinzutreten muß; sie muß jedoch als Zweck hinzutreten. Richtiger wäre es, wenn v. Liszt an Stelle des Wortes „Beweggrund" den Ausdruck „Motiv" gebraucht hätte; denn die Motive sind in der Psychologie nicht nur alle inneren Momente, welche als Triebfedern des menschlichen Wollens im gegebenen Fall wirken, sondern auch die Vorstellungen von den Zwecken, sogen. Zweckvorstellungen. Somit muß sich die Absicht des Täters, d. h. der Zweck auf die Erlangung eines Vermögensvorteils beziehen, i. e. das Handeln des Täters muß ein beabsichtigt gewinnsüchtiges sein.

§ 7.

Rechtswidriger Vermögensvorteil.

Wir kommen nun zu der weiteren Frage, was unter rechtswidrigem Vermögensvorteil zu verstehen sei. Über diese Frage ist schon vieles und viel Widersprechendes geschrieben worden; auch wir werden die in diesen zwei Worten enthaltenen verschiedenen und schwierigen Punkte aufs genaueste prüfen müssen, da dieselben in Verbindung mit dem noch zu erörternden Moment der Vermögensbeschädigung von weitestgehender Bedeutung für unsre Abhandlung sind.

Wollen wir zu einem richtigen Resultat kommen, so müssen wir uns zunächst im klaren sein, wie der Begriff des Vorteils aufzufassen sei.

So vielfach uns das Wort „Vorteil" im deutschen Strafrecht begegnet, so finden wir doch nirgends auch nur einen sicheren Anhaltspunkt, wie derselbe zu interpretieren sei, oder was er bedeute, geschweige denn eine authentische Definition; denn auch die §§ 302 a und b

[1]) v. Liszt a. a. O. 471.

RStrGB. geben nur an, was ein wucherlicher Vermögensvorteil ist. Überdies gebrauchen das Reichsstrafgesetzbuch und seine Nebengesetze das Wort bald in diesem, bald in jenem Sinne, so daß es nicht wundernehmen kann, wenn die Anschauungen hierüber in mannigfacher Weise divergieren. Es ist nicht Zweck dieser Arbeit, den Begriff des Vorteils in allen hier in Betracht kommenden Paragraphen des Reichsstrafgesetzbuches und der strafrechtlichen Nebengesetze hinsichtlich seiner spezifischen Bedeutung zu untersuchen; dies würde den Rahmen unsrer Abhandlung weit überschreiten; hiermit haben sich schon Verschiedene[1]) im einzelnen und in eingehender Weise beschäftigt; für uns ist lediglich von Interesse, was der „Vorteil" bezw. „Vermögensvorteil" des § 263 RStrGB. besagen will.

Daß der Gesetzgeber, wenn er von Vorteil schlechthin spricht, nicht nur einen vermögensrechtlichen Gewinn verstanden wissen wollte, wie dies v. Schwartze[2]) behauptet, geht schon aus der Tatsache hervor, daß er bei verschiedenen Delikten wie insbesondere auch im § 263 RStrGB. das Erfordernis des speziellen Vermögensvorteils aufstellte. Frank[3]) verlangt für das Vorhandensein eines Vorteils eine meßbare Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage; er schaltet somit die Möglichkeit ideeller Vorteile aus. Das ist aber m. E. nicht richtig; denn zweifellos gibt es auch sinnliche Genüsse, die für den einzelnen einen Vorteil bedeuten können; es sind vielmehr unter Vorteilen auch vorübergehende materielle wie ideelle Genüsse zu verstehen, so daß wir „Vorteil" definieren können als jede Verbesserung der materiellen oder ideellen Lage einer Person.

Ein wesentlich engerer Begriff als der des Vorteils tritt uns in dem des „Vermögensvorteils" entgegen, enger deshalb, weil der „Vorteil" hier auf ein ganz bestimmtes Gebiet, und zwar auf das des Vermögens begrenzt ist. Die Mehrzahl der Kommentare und Strafrechtslehrbücher, ja sogar Abhandlungen, die sich speziell mit dem „Vermögensvorteil" und dem Moment der „Vermögensbeschädigung"

[1]) So Brombacher, Die Begriffe „Vorteil", „Vermögensvorteil", „gewinnsüchtige Absicht" im deutschen Strafrecht; Mugler, Der Begriff des Vorteils im deutschen Strafrecht; Rommel, Der Betrug.

[2]) v. Schwartze, Kommentar § 49a N. 6.

[3]) Frank, Kommentar § 49a N. 6.

befassen, unterzieht sonderbarerweise diese Momente einer eingehenden Prüfung, ohne jedoch auch nur mit einem Wort der Frage näherzutreten, was eigentlich „Vermögen" sei. Andere hinwiederum geben eine durchaus nicht genügende Definition. Und doch ist gerade eine strikte Feststellung dieses Begriffs unerläßlich, wenn man auf sicherer Grundlage die Begriffe „Vermögensvorteil" und „Vermögensbeschädigung" auseinandersetzen will. Es erscheint mir unerfindlich, wie diese Vorfrage mit Stillschweigen übergangen werden kann.

J. Merkel[1]) hat es in seiner Dissertation: „Die Vermögensbeschädigung beim Betrug" in dankenswerter Weise unternommen, die „einzelnen in dieser Beziehung erfolgten Äußerungen" zusammenzustellen und einer Kritik zu unterziehen. Wir bemerken folgendes:

Als nicht zweckentsprechend sind zunächst diejenigen Definitionen zu erachten, welche sich mit einem Hinweis auf das bürgerliche Recht, sei es direkt, sei es indirekt, begnügen. Wenn Frank[2]) bemerkt, daß „für den Begriff und Umfang des Vermögens bürgerliches Recht maßgebend" sei, so ist damit nicht viel erreicht, da, wie Merkel richtig anführt, der Vermögensbegriff auch im bürgerlichen Recht keineswegs ein feststehender ist. Noch weniger aber kann ich mich mit Bindings Definition[3]) einverstanden erklären. Vermögen bezeichnet nämlich nach Binding „die Summe aller Vermögensrechte derselben Person; diese Rechte können private oder öffentliche, Eigentum, iura in re aliena, Rückbehaltungs- oder Forderungsrechte sein". Ich kann mich dieser Definition aus zwei Gründen nicht anschließen; denn einmal erscheint es mir bedenklich, bei einer Begriffsbestimmung selbst wieder diesen Begriff zu verwenden, sodann aber werden wir auch hier wieder durch das Wort „Vermögensrechte" auf das bürgerliche Recht verwiesen. Ad. Merkel,[4]) der keine positive Definition gibt, scheint gleichfalls das bürgerliche Recht als ausschlaggebend zu erachten; wenigstens geht dies aus seinen Bemerkungen zu dem Begriff der „Vermögensbeschädigung" hervor. Merkel führt dort aus, daß die Disposition des Getäuschten über sein Vermögen sich auf bewegliche und unbewegliche Sachen, auf Forderungen und auf dingliche Rechte beziehen, sich als ein dare und

[1]) Merkel a. a. O. 14 ff.
[2]) Frank, Kommentar § 263 Nr. 5 Ziff. 1.
[3]) Binding, Lehrbuch 1, 341.
[4]) s. Holtzendorff, HB. 3, 763.

als ein facere charakterisieren, die Übernahme einer Verbindlichkeit und die Liberierung von einer solchen enthalten könne. In ähnlicher Weise äußert sich H. Meyer.[1])

Wenn nun für die Feststellung des Vermögensbegriffs das bürgerliche Recht versagt, so werden wir nach einer andern Grundlage suchen müssen, und eine solche läßt sich finden in der von Dörr[2]) angegebenen Weise. Dörr betont zunächst, daß das Vermögen eine Einheit (universitas) sei, daß es aber von verschiedenen Standpunkten aus gesehen verschiedene Seiten der Betrachtung darbiete.

Im juristischen Sinne sei das Vermögen ein „Inbegriff von Rechten" oder eine „universitas iuris"; von dieser eigentlichen juristischen Seite des Vermögens sei zu unterscheiden das Vermögen im natürlichen oder ökonomischen Sinne als der „Inbegriff von Geldwerten", die jemand besitze, oder „universitas facti". Eine Mittelstufe zwischen diesen beiden Arten nehme endlich das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinne ein als der „Inbegriff der jemand um seiner selbst willen zu gewisser Zeit rechtlich zur Verfügung stehenden geldwerten Güter" bezw. „der objektiven Geldwerte aller dieser Güter", bezw. als „die Gesamtheit der rechtlich zusammenhängenden Elemente ökonomischer Verkehrsmacht einer Person" (Dörr a. a. O. 15).

Vor allem muß, wie dies schon Birkmeyer in seinem bedeutenden Werke: „Über das Vermögen im juristischen Sinne" (308) hervorgehoben hat, festgestellt werden, in welchem Sinne das Strafrecht das „Vermögen" auffaßt: es ist zunächst festzustellen, und zwar überall, wo auf dem Rechtsgebiet das Vermögen als solches in Betracht kommt, ob darunter das Vermögen als Rechtseinheit oder als Werteinheit zu verstehen sei.

Es mag Dörr zugegeben werden, daß das Vermögen, wie es vom Strafrecht berücksichtigt wird, kein juristischer Begriff ist, sondern „ein Produkt des vom Rechte durchdrungenen wirtschaftlichen Lebens" darstellt, wie es Lauterburg[3]) treffend nennt. Wenn aber Dörr[4])

[1]) H. Meyer, Lehrbuch 710.

[2]) Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtlichen Interessen 12 ff.

[3]) Lauterburg, Zur Abgrenzung der strafbaren Vermögenszueignung und ihrer Hauptformen 184.

[4]) Dörr a. a. O. 16.

weiterhin ausführt, daß das Strafrecht das Schwergewicht nicht auf die rechtliche Organisation lege, sondern — ausschließlich — den ökonomischen Gesichtspunkt hervorkehre und sich begnüge, für das ökonomische Interesse eine rechtliche Basis zu fordern, und daraus die Schlußfolgerung zieht, daß im Strafrecht unter „Vermögen" nur das Vermögen im ökonomischen Sinne als der Inbegriff von geldwerten Gütern verstanden werden müsse, so ist dies m. E. nicht richtig. Ich halte vielmehr dafür, daß es das Vermögen im juristisch-ökonomischen Sinne ist, welches im Strafrecht Berücksichtigung findet. Wenn unter Vermögen tatsächlich nur das im ökonomischen Sinne verstanden werden sollte, wenn also Vermögen gleichbedeutend mit „Inbegriff von geldwerten Gütern" sein soll, dann gehören hierzu, wie dies Dörr selbst bemerkt, auch solche wirtschaftliche Vorteile, welche nicht eigentlich Gegenstand resp. Inhalt eines Rechts sind, sobald sie nur in einem gewissen — tatsächlichen — Zusammenhang mit der Machtsphäre einer Person stehen, wie die bloße faktische Verfügungsgewalt, der Besitz. Gerade dieser letzte Punkt dürfte aber m. E. vom strafrechtlichen Standpunkte aus zur Ablehnung der von Dörr und auch von Rommel[3]) vertretenen Auffassung führen. Der Besitz ist kein Recht, folglich kann er auch nicht den Vermögensrechten zugezählt werden; er kann zwar einen Vermögenswert haben und somit allerdings zum ökonomischen Vermögen gerechnet werden, nicht aber zum juristischen. Daraus folgt aber, daß der Besitz von gestohlenen oder geraubten Sachen, die possessio des fur, der ja eine faktische Herrschaft über die entwendeten Sachen hat, zu den Bestandteilen des Vermögens im ökonomischen Sinne gehört, nicht aber zu denen des Vermögens im juristischen Sinne. Würde die Anschauung Dörrs hinsichtlich der Auslegung des Vermögensbegriffs im Gebiet des Strafrechts zutreffend sein, so würde auch der Dieb in Ansehung einer gestohlenen Sache strafrechtlichen Besitzschutz genießen; dies kann jedoch nicht zugegeben werden. Die entwendeten Gegenstände gehen nicht in das Vermögen des Diebes über, sie bleiben vielmehr im Eigentum des Bestohlenen, auch wenn der Dieb die potestas über die gestohlene Sache hat. Führt aber so diese Konsequenz zur Verwerfung der Dörrschen Ansicht und ist andrerseits auch das Vermögen, wie es im Strafrecht berücksichtigt

[3]) Rommel a. a. O. 91.

wird, kein solches im rein juristischen Sinne, so kann es nur mehr ein solches im juristisch-ökonomischen Sinne sein. Das „Vermögen" im Strafrecht stellt allerdings einen Inbegriff von geldwerten Gütern dar, aber nur insoweit diese vom Rechte anerkannt werden, rechtlich geschützt sind. Wir werden daher Vermögen im Sinne des Strafrechts und somit auch des § 263 RStrGB. zu definieren haben als den „Inbegriff aller rechtlich anerkannten und geschützten geldwerten Güter einer Person".

Nach dieser Erörterung des Vermögensbegriffs kehren wir wieder zur Auslegung des Begriffes „rechtswidriger Vermögensvorteil" zurück.

Was zunächst den „Vermögensvorteil" anlangt, so bezeichnet derselbe, indem wir auf die oben gegebene Definition des „Vorteils" zurückgreifen, folgerichtig unter Anwendung der Bestimmung des Begriffs „Vermögen" jede Verbesserung der Vermögenslage, d. h. jede Vermehrung des Inbegriffs aller rechtlich anerkannten und geschützten geldwerten Güter einer Person. Es muß also ein Vorteil sein, der einen Geldwert hat, ein Vorteil, der seinem Werte nach in Geld, wenn auch nicht ziffernmäßig sich ausdrücken läßt, kurz es wird ein pekuniärer Vorteil verlangt (so auch Olshausen, Merkel, Villnow, Katz,[1]) während H. Meyer eine Verbesserung der Vermögenslage in irgend einer Beziehung fordert). Im Gegensatz hierzu bezeichnet Binding[2]) in scharfer Polemik als Vorteil „jeden einseitigen Erwerb eines Rechts und jede einseitige Befreiung von einer Rechtspflicht; es stelle sich nicht entfernt jede Verbesserung der Vermögenslage und nur sie als Vorteil im Rechtssinne dar; vor allem werde nicht erfordert, daß der Vorteil Geldwert habe". Diese Definition Bindings ist die notwendige Folge seiner Vermögensbegriffsdefinition; so wenig haltbar und zutreffend wie diese ist aber auch die Folgerung, wie sich besonders klar bei der Erörterung des Moments der Vermögensbeschädigung ergeben wird. Denn wie soll der Schaden bemessen werden, wenn der rechtswidrig erlangte Vorteil keinen Geldwert besitzt?

Worin nun im einzelnen ein Vermögensvorteil bestehen kann, dies zu besprechen, würde zu weit führen; wenden wir uns daher dem Requisit der „Rechtswidrigkeit" zu!

[1]) Olshausen a. a. O. § 263 N. 43; Merkel in Holtzendorff, HB. 3, 730; Villnow im GS. 30, 440; H. Meyer a. a. O. 576.

[2]) Binding, Lehrbuch 1, 362.

Über das Wesen des „rechtswidrigen" Vermögensvorteils herrscht lebhafter Streit. Rechtswidrig bedeutet zunächst — wörtlich genommen — nichts anderes als „wider" oder „gegen" das Recht; auf dieser Grundlage haben dann auch verschiedene gelehrt, daß ein „rechtswidriger" Vermögensvorteil ein solcher sei, dessen Erstrebung bezw. Erlangung mit dem objektiven Recht im Widerspruch stehe, der „wider" oder „gegen" das (objektive) Recht erstrebt oder erlangt werde; damit sei aber noch nicht gesagt, daß auch ein Vermögensvorteil, der „ohne" Recht erlangt werde, ein rechtswidriger sei. So doziert besonders Binding,[1]) daß für die Rechtswidrigkeit eines Vermögensvorteils notwendig sei, daß derselbe „vom objektiven Recht mißbilligt werde. Das wichtigste Symptom des rechtswidrigen Vermögensvorteils sei, daß das Gesetz einen Anspruch auf seine Aufhebung gewähre; es charakterisiere sich daher der rechtswidrige Vermögensvorteil durch das Doppelte: er werde vom Bereicherten erlangt ohne Recht und zugleich auf Kosten der rechtlich anerkannten Vermögenslage eines andern". Ich will nicht so weit gehen, wie dies Brombacher[2]) getan hat, und diese Interpretation Bindings als „für die theoretische Forschung ebenso wie für die praktische Anwendung wertlos und unbrauchbar" bezeichnen, weil „sich dieselbe lediglich auf ein Umstellen oder Auseinanderziehen der auszulegenden Worte beschränke", aber jedenfalls ist mit dieser Definition Bindings nicht viel erreicht; sie ist viel zu allgemein gehalten. Ich kann daher dieser Anschauung, die übrigens auch Olshausen[3]) vertritt, nicht beipflichten; völlig verfehlt ist es aber, wenn manche behaupten, daß ein Vermögensvorteil erst durch das zu seiner Erlangung benutzte Mittel zu einem rechtswidrigen gemacht werde. Sie kommen zu dieser Schlußfolgerung, indem sie davon ausgehen, daß ein Vermögensvorteil an sich stets erlaubt, niemals unerlaubt sei, vielmehr dies erst durch die hinzutretenden Umstände rechtswidrig werde. Daß eine solche Interpretation der Bestimmung des Gesetzes gänzlich zuwiderläuft, liegt auf der Hand. Nichts wäre verfehlter, bemerkt Frank[4]) zutreffend, als wenn man den Begriff des rechtswidrigen Vermögensvorteils gerade darauf abstellen wollte, daß

[1]) Binding, Lehrbuch 1, 363.
[2]) Brombacher a. a. O. 43.
[3]) Olshausen a. a. O. § 263 N. 45.
[4]) Frank, Zeitschr. f. d. ges. Rechtswissenschaft 14, 392 ff.

der Täter zu seiner Gewinnung den Weg der Täuschung eingeschlagen hat. Was hätte es dann für einen Zweck, daß der Gesetzgeber dieses Moment, das im Tatbestand des Verbrechens selbst enthalten ist, noch besonders hervorhebt? Es hieße dies, um mit Frank zu sprechen, dem Gesetzgeber den Vorwurf einer ganz und gar unbedachten Tautologie machen. Das Attribut könnte dann ohne Schaden wegbleiben und wäre nichts als eine rhetorische Floskel.

Im Gegensatz zu der Anschauung Bindings und Olshausens, die auch von Hälschner[1]) geteilt wird, erachtet die herrschende Meinung, vertreten vor allem durch das Reichsgericht,[2]) einen Vermögensvorteil dann als rechtswidrig, wenn der Handelnde auf den erstrebten Vermögensvorteil keinen rechtlich begründeten Anspruch hat,[3]) während Frank[4]) diese Anschauung hinwiederum als zu weitgehend bezeichnet und einen Vermögensvorteil erst dann für rechtswidrig erklärt, wenn er von dem Gewährenden im Wege des Rechts zurückgefordert werden kann.

Gewissermaßen eine Mittelmeinung vertritt — allerdings mehr der ersten als der zweiten zuneigend — Merkel.[5]) Nach ihm ist rechtswidrig ein Vermögensvorteil dann, wenn das Objekt, auf welches er sich bezieht, nicht den Gegenstand eines dem Handelnden zustehenden Rechtsanspruchs bildet und dem Vermögen eines anderen in einer den privatrechtlichen Grundsätzen widersprechenden Weise entzogen wurde. Dieser Hinweis auf die privatrechtlichen Grundsätze führt jedoch auch hier ebenso wie bei der bereits erörterten Frage nach den Begriff des Vermögens" zu keinem positiven Ergebnis, da auch im Zivilrecht die Begriffe „widerrechtlich" und „arglistig" nicht bestimmt sind.[6]) Aber auch die Ansicht Franks kann ich nicht billigen, da sie m. E. viel zu eng gefaßt ist. Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß unter

[1]) Hälschner a. a. O. 2, 273.

[2]) RGE. 5, 352; 21, 114; 26, 354; R. 1, 49; 2, 325; 3, 202; vgl. auch E. 1, 318 und 3, 429.

[3]) Auch v. Liszt hat früher diese Auffassung vertreten und noch in der 12. und 13. Auflage seines Lehrbuchs sich dahin ausgesprochen; in der 14. und 15. Auflage hat v. Liszt jedoch seine frühere Ansicht aufgegeben und sich (474 Nr. 13) im wesentlichen der Ansicht Bindings angeschlossen.

[4]) Frank, Kommentar § 253 IV und § 263 VI.

[5]) Merkel in Holtzendorff, HB. 3, 733.

[6]) So auch v. Liszt, Lehrbuch 471.

rechtswidrigem Vermögensvorteil, wie dies auch Oppenhoff[1]) annimmt, ein solcher zu verstehen sei, den zu beanspruchen man nicht berechtigt ist, also im wesentlichen übereinstimmend mit dem Reichsgericht. Es ist diese Anschauung durchaus nicht „verkehrt", wie Binding urteilt, sondern die natürlichste und auch zutreffendste Definition.

Fügen wir noch hinzu, daß der Täter selbstverständlich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils haben muß, so ist damit das dritte der für den Begriff und das Vorhandensein des Betrugs erforderlichen Tatbestandsmerkmale nach seinen verschiedenen Seiten hin erschöpfend erörtert. Zusammenfassend können wir sagen, daß der Wille des Täters darauf gerichtet sein muß, sich in vermögensrechtlicher Beziehung einen Vorteil zu verschaffen, den zu beanspruchen er nicht berechtigt ist, im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils, bezw. diesen Vorteil einem andern, der gleichfalls keinen rechtlichen Anspruch darauf hat, diesen zuzuwenden.

§ 8.

Die Vermögensbeschädigung.

Als mittelbarer Erfolg der Täuschungshandlung beim Betrug wird endlich noch ein unter dem Einfluß des durch die Täuschungshandlung hervorgerufenen Irrtums stehendes Handeln des Getäuschten erfordert, welches zu einer Beschädigung des Vermögens des Getäuschten selbst oder eines anderen führt; daß die Täuschung und die Vermögensbeschädigung in kausalem Zusammenhang stehen müssen, wurde bereits oben hervorgehoben; hier gilt es vor allem das Moment der Vermögensbeschädigung klarzulegen. Was ist darunter zu verstehen?

Es dürfte zweckmäßig sein, zunächst die Literatur zur Erörterung heranzuziehen.

Das preußische Landrecht hatte in Teil 1 Tit. 6 § 1 bestimmt: „Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Vermögens." Daß eine solche Definition völlig unbrauchbar ist, liegt auf der Hand. Aber auch mit der jetzt so häufig gehörten Bestimmung, daß eine Vermögensbeschädigung in jeder un-

[1]) Oppenhoff a. a. O. § 263 Nr. 6.

günstigeren Gestaltung der Vermögenslage zu erblicken sei, ist nicht viel gedient, da eine solche Definition viel zu unbestimmt ist. Es muß vielmehr die rechtswidrig herbeigeführte Änderung einen materiellen Verlust für den Getäuschten in sich schließen. Auf Grund dieser These verlangt Merkel[1]) für das Vorhandensein einer Vermögensbeschädigung, daß „das Vermögen des Verletzten nach Vollendung der Tat einen geringeren Wert repräsentiere, als es repräsentiert haben würde, wenn die Tat nicht begangen worden wäre". Auch Hälschner[2]) ist der Anschauung, daß von einer Beschädigung des Vermögens nur da die Rede sein könne, wo der Wert desselben wider den Willen des Berechtigten vermindert wurde. Übereinstimmend halten sie auch dafür, daß eine Vermögensbeschädigung dann ausgeschlossen sei, wenn der Berechtigte zwar wider seinen Willen zu einer Vermögensdisposition geführt wurde, jedoch eine Minderung des Wertes des Vermögens nicht eintrat. Berner[3]) steht gleichfalls, um mit Binding[4]) zu reden, auf dem Standpunkte des Werttaxators: „Die Beschädigung des Vermögens bestehe in der Minderung seines Wertes. Sie bemesse sich nach der Differenz zwischen dem Geldwerte, welchen das Vermögen vor dem Betrug hatte, und den es nach dem Betrug hat." Vor allem aber wird diese Anschauung von unserem höchsten Gerichtshof vertreten,[5]) der sich u. a. in einer sehr eingehenden Abhandlung mit dem Problem der Vermögensbeschädigung beschäftigt. Die Ausführungen des Reichsgerichts sind von solchem Interesse, daß ich es mir nicht versagen kann, sie hier im wesentlichen wiederzugeben.

Nachdem das Reichsgericht a. a. O. die verschiedenen Ansichten über den Begriff der Vermögensbeschädigung skizziert hat, fährt es fort:

„Der Betrug besteht in einem mittelbaren Eingriff in fremdes Vermögen; der Betrüger bedient sich dazu des Betrogenen, indem er denselben durch Irrtumserregung zu einer dessen Vermögen betreffenden Verfügung bestimmt. Nun verlangt aber das Gesetz noch ein weiteres zur Vollendung des Betrugs, nämlich daß der Betrüger das Vermögen eines anderen beschädigt hat. Die Entstehungsgeschichte des § 263

[1]) Merkel in Holtzendorff, HB. 3, 758.
[2]) Hälschner a. a. O. 2, 249.
[3]) Berner, Lehrbuch 572.
[4]) Binding, Lehrbuch 1, 358.
[5]) s. RGE. 16, 1 ff.; Beschluß der vereinigten Strafsenate v. 20. 4. 1887.

RStrGB. und des diesem zugrunde liegenden, hinsichtlich des Merkmals der Vermögensbeschädigung gleichlautenden § 241 des preuß. StrGB. liefert keinen Anhaltspunkt dafür, daß mit den Worten „wer das Vermögen eines andern beschädigt" eine andere Bedeutung als die diesen Worten in der Rechtssprache auch sonst zukommende verbunden worden ist. Wohl aber ergibt sich aus jener Entstehungsgeschichte, daß der Betrug ein materielles Delikt in dem Sinne sein sollte, daß für dessen Vollendung außer der unmittelbaren Handlung des Getäuschten, zu der ihn der Irrtum bewogen hat, noch ein weiterer äußerer Erfolg notwendig ist, und zwar eben der äußere Erfolg einer Beschädigung des Vermögens. Vermögen im rechtlichen Sinne ist aber die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person, jeder aktiven wie der passiven, als ein Ganzes gedacht.[1]) Beschädigt kann dieses Vermögen nur dadurch werden, daß *sein Gesamtwert in Geld vermindert wird* ... Daß die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 nur in der Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens eines anderen bestehen kann, folgt ferner daraus, daß in der Belastung des Vermögens mit einer Schuldverbindlichkeit ohne entsprechendes Entgelt unzweifelhaft eine Vermögensbeschädigung in jenem Sinne enthalten ist; denn dies ist nur in der Weise denkbar, daß die Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens das Entscheidende bildet, da die Belastung mit einer Schuldverbindlichkeit dem Vermögen des Schuldners keinen seiner aktiven Bestandteile an Vermögensrechten entzieht, noch auch den Wert eines einzelnen dieser Rechte beeinträchtigt. *Demnach hat man die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 als die dem Getäuschten nachteilige Differenz zwischen dem Geldwerte zu definieren, welchen dessen Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte, und demjenigen Geldwert, den es gehabt hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre.* Aus diesem Begriff der Vermögensbeschädigung ergibt sich, daß dieselbe in ihrem Wesen mit dem zivilrechtlichen Interesse, welches der Getäuschte daran hat, nicht getäuscht worden zu sein, gleichbedeutend ist.

[1]) Diese Definition ist m. E. nicht zutreffend, es erscheint mir fehlerhaft, bei der Definition des „Vermögens" das Wort „vermögensrechtlich" selbst wieder zu verwenden.

Das Reichsgericht wendet sich sodann gegen die Ansicht, welche das Merkmal der Vermögensbeschädigung beim Betrug schon dann für gegeben erklärt, wenn der Getäuschte durch den in ihm erregten Irrtum zu irgend einer vermögensrechtlichen Verfügung bestimmt wurde.

Diese Anschauung ist nach dem Reichsgericht ebenso zu verwerfen wie diejenige, welche eine Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 in einer Veränderung der Vermögensbestandteile als solcher erblickt. Das Reichsgericht führt dann weiter aus, daß dem Strafgesetze auch nicht damit Genüge geleistet werde, wenn man sage, der Getäuschte sei wenigstens dann für geschädigt zu erachten, wenn er infolge der Irrtumserregung eine Aufwendung aus seinem Vermögen gemacht habe; dies könne bei einseitigen Aufwendungen ausreichen, nicht dagegen bei zweiseitigen onerosen Geschäften, bei denen die beiderseitigen Verpflichtungen oder Leistungen ein nicht trennbares Ganze ausmachten, die vermögensrechtliche Wirkung des Geschäfts also nicht in einseitiger Aufwendung, sondern in Aufwendung gegen Erwerb, in Leistung für Gegenleistung bestehe. Daraus folge nun, daß stets die Gesamtheit der Wirkungen zu beachten sei, welche die Irrtumserregung und die Täuschungshandlung als Ursache derselben auf das Vermögen des andern geübt habe. Zu diesen Wirkungen gehörten aber nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare, und auch die letzteren seien zu berücksichtigen, und zwar so weit, wie der Kausalzusammenhang derselben mit der Täuschungshandlung nachgewiesen werden könne. Für den mittelbaren Schaden, der vor allem den entgangenen Gewinn in sich schließe, werde nur die Individualität des konkreten Falles in Betracht kommen, wie insbesondere die Frage nach dem Werte bezw. dem Wertmesser der vorgespiegelten Leistung sich nur danach richtig beantworten lasse. Der einzig gleich brauchbare und allen Menschen gleich wertvolle Wertmesser sei allein das Geld, welches ohne weiteres einen solchen objektiven Wert habe, welcher für alle Menschen derselbe und durch konkrete Beziehungen zu bestimmten Menschen und durch konkrete Beziehungen zu bestimmten Sachen nicht bedingt sei.

„Ist nun jemand", fährt sodann das Reichsgericht fort, „durch Täuschung zur Eingehung eines Vertrags bewogen worden, so kann das Urteil darüber, ob Vermögensbeschädigung vorliegt, anders lauten, als wenn die Täuschung bei der Erfüllung eines Vertrags vorgekommen ist." Vor Abschluß des Vertrags hat der Getäuschte noch

kein Recht erworben, es gehört also der Wert eines solchen Rechts noch nicht zu seinem Vermögen; nach Abschluß des Vertrags besitzt er jedoch ein Recht auf vertragsmäßige Erfüllung. Dort kommt es daher, soweit es sich bloß um unmittelbaren Schaden handelt, auf den Wert der vom Getäuschten übernommenen Verpflichtung oder der von ihm gemachten Leistung gegenüber dem Werte der Gegenleistung des Täuschenden an, und zwar so, daß der Getäuschte infolge der Täuschung sich eine Gegenleistung von zu geringem Werte hat geben oder versprechen lassen, oder daß er seinerseits eine Leistung von zu großem Werte gegeben oder versprochen hat, zu gering oder zu groß wegen des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung. Bei der Erfüllung eines Vertrags kommt es dagegen auf den Wert des vom Getäuschten vor der Täuschung erworbenen Vertragsrechtes gegenüber dem Werte derjenigen Leistung an, welche der Täuschende gibt und der Getäuschte als Folge des in ihm erregten Irrtums annimmt. Der Getäuschte kann also bei der Erfüllung beschädigt sein, ungeachtet seine eigene Leistung durch den Wert der tatsächlich erfolgten nicht vertragsmäßigen Gegenleistung gedeckt ist; denn der Wert seiner Forderung aus dem Vertrag kann in der Zeit zwischen Abschluß und Erfüllung gestiegen und kann auch schon von Anfang an größer gewesen sein als der Wert der Leistung, für die er die Forderung erworben hat . . ."

Diese Ausführungen des Reichsgerichts, die basieren auf dem Referat des 1. Referenten v. Spieß, enthalten die von diesem mit Unrecht sogen. objektive und subjektive Theorie: objektiv, weil die darunter verstandene eine Ansicht den Begriff der Vermögensbeschädigung abhängig macht nur von dem materiellen Erfolg, subjektiv, weil die darunter verstandene andere Ansicht Gewicht legt auf das subjektive Moment des Nichtwollens bei Kenntnis der Täuschung. Dieser Gegensatz ist jedoch völlig verfehlt, weil er überhaupt nicht existiert; er ist, wie Binding[1]) richtig betont, samt seiner irreführenden Bezeichnung abzulehnen. Binding bemerkt a. a. O. folgendes: „In schwer begreiflichen Gedankengängen gelangt das Reichsgericht zunächst zu einer fundamental andern Auffassung des Schadens, dann zu einer m. E. in keiner Weise zu rechtfertigenden Bestimmung desselben gerade bei

[1]) Binding, Lehrbuch 1, 358 Anm. 3.

den zweiseitigen Verträgen. Es mißt den Schaden nicht am geschädigten Recht, sondern an dem Monstrum des Gesamtwertes. Schaden ist ihm einfach eine Differenz zwischen dem Gesamtwert desselben Vermögens zu zwei Zeitpunkten: ist dieser Wert nach einem bestimmten Ereignis — sagen wir nach einem Vertragsabschluß — kleiner wie vorher, so liegt Schaden vor, sonst nicht . . ." Die daraus vom Reichsgericht gezogene Schlußfolgerung, daß dies eine verschiedene Behandlung des Betrugs bei Abschluß des Vertrags und bei Erfüllung desselben erfordere, ist nach Binding verfehlt. Der Schaden müsse ein Schaden im Rechtssinne sein; eine wirtschaftliche Schädigung allein reiche nicht aus und ihr Fehlen hebe den juristischen Schaden nicht auf; juristisch sei aber nur der geschädigt, dem nicht geleistet werde, worauf er für seine Gegenleistung einen Rechtsanspruch habe, der nicht erhalte, was er von Rechts wegen beanspruchen könne. Es handle sich, fügt Binding bei, bei den zweiseitigen Verträgen für den Juristen nicht um Wert gegen Wert, sondern um Leistung gegen Leistung.

Das Resultat, das wir aus dieser Kontroverse gewinnen, dürfte folgendes sein:

Es muß dem Reichsgericht zunächst zweifellos zugegeben werden, was es über die Bedeutung der Worte: „wer das Vermögen eines andern beschädigt" bemerkt. Ein Anlaß zu einer andern Auslegung dieser Worte als der, die sie auch sonst im praktischen Leben finden, ist nicht gegeben. Da wir uns ferner auf den Standpunkt gestellt haben, daß unter Vermögen im Sinne des § 263 RStrGB. der Inbegriff von geldwerten Gütern einer Person zu verstehen sei, so wird daraus weiterhin folgen, daß eine Beschädigung des Vermögens dann vorliegt, wenn dieser Inbegriff gemindert ist und zwar in seinem Werte. Ohne Zweifel ist es aber auch richtig, daß der einzige gleich brauchbare Wertmesser das Geld ist; es muß daher der Schaden sich in Geldeswert bemessen lassen, d. h. das Vermögen muß durch die Handlung des Täters in seinem Geldwerte verringert worden sein. Insoweit pflichte ich dem Reichsgericht bei. Dagegen kann ich dies nicht tun hinsichtlich dessen, was das Reichsgericht über die Art der Bemessung des Schadens sagt, und zwar schließe ich mich hier im großen und ganzen den Ausführungen Hälschners[1]) an. Ich unterscheide zwischen

[1]) Hälschner a. a. O. 2, 249.

sogen. Liberalitätsakten und zweiseitigen Verträgen. Hinsichtlich der ersteren stimme ich mit Hälschner darin überein, daß in solchen Fällen, wo es sich um ideale Äquivalente handelt, eine Vermögensbeschädigung dann gegeben ist, wenn die Hingabe eines Vermögenswertes eine nur scheinbar freiwillige, in Wahrheit aber eine durch die Täuschung bedingte unfreiwillige war. „Wer eine Liberalitätshandlung vornimmt, die er nicht vorgenommen haben würde, wenn er nicht durch Irrtum, in den er versetzt war, dazu bestimmt worden wäre, ist nicht weniger in seinem Vermögen beschädigt als derjenige, welcher durch Irrtum zu einer Leistung bestimmt wurde, für die er nicht das erwartete reale Äquivalent erhält.“ [1])

In Ansehung der zweiseitigen Verträge müssen wir vor allem die zwischen den Anschauungen Bindings und des Reichsgerichts bestehende Differenz scharf feststellen.

Nach dem Reichsgericht haben die vertragsschließenden Parteien vor Abschluß des Vertrags noch gar keine Rechte gegeneinander; sie erwerben solche erst durch den Vertrag. Wenn nun der eine der beiden Vertragsschließenden nicht den „erwarteten Gewinn“ macht, wenn sich sein Vertragsrecht ungünstiger erweist, als er erwarten durfte, so ist nach dem Urteil des Reichsgerichts erst dann eine Vermögensbeschädigung gegeben, wenn die Gegenleistung, die bewirkt wird, einen geringeren Wert hat als die von dem Kontrahenten gemachte. Demgegenüber nimmt Binding [2]) schon dann eine Vermögensbeschädigung an, wenn das Äquivalent der Leistung zwar gleichkommt, aber der Leistende nach der ihm gemachten Vorspiegelung ein höheres Äquivalent erwarten konnte; denn, sagt Binding, „nicht erst durch den Vertrag erwerben die Parteien Rechte gegeneinander, sondern schon durch die Vorberedungen: und diese gehen dahin, daß sie den Vertrag so schließen, wie er beredet ist, daß insbesondere der Verkäufer kontraktmäßig die Leistung übernehme, die er gegen den offerierten Kaufpreis zu übernehmen versprochen hat.“

Die hier wiedergegebene Anschauung Bindings ist jedoch nicht richtig; dies ergibt sich aus folgenden Betrachtungen:

Die Forderungsrechte — und solche meint hier Binding —

---

[1]) So auch J. Merkel a. a. O. 25.

[2]) Binding a. a. O. 359.

werden begründet einmal durch Rechtsgeschäfte und sodann nicht rechtsgeschäftlich z. B. durch Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag usw. Unter den eine Forderung begründenden Rechtsgeschäften sind wieder zu unterscheiden:

1. die Verträge, z. B. Kauf, Miete, Pacht;

2. das einseitige Versprechen des Schuldners und

3. einseitige Rechtsgeschäfte andrer Art, wie z. B. die Belastung eines Erben mit einer Auflage durch letztwillige Verfügung.

Uns interessiert hier lediglich die unter Ziff. 1 genannte Art von Rechtsgeschäften.

Während das älteste deutsche Recht eine rechtliche Verpflichtung des Schuldners durch sein bloßes Wort überhaupt nicht kannte, sondern zur Begründung einer Verpflichtung eine Tat des Schuldners forderte, eine Handlung des Schuldners verlangte,[1]) entwickelte sich in fränkischer Zeit auch ein reiner Formalvertrag, der durch die traditio chartae begründet wurde, und infolge der Rezeption des römischen Rechts wurde, da weder die römischen noch die deutschen Vertragsformen mehr Geltung hatten, die Verbindlichkeit des formlosen Vertrags zur Regel. So war das gemeine Recht auf dem Standpunkt der Formlosigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts angelangt, und diesem Grundsatz schloß sich — allerdings mit gewichtigen Ausnahmen[2]) — das Bürgerliche Gesetzbuch an, das jedes obligatorische Rechtsgeschäft auch bei formlosem Abschluß für rechtsverbindlich und klagbar erklärte. Aber hierin liegt zugleich das Weitere, daß für die Rechtsverbindlichkeit, für die Begründung der Parteirechte eben ein Abschluß des Rechtsgeschäfts gefordert wird, daß somit der Abschluß des Vertrags es allein ist, der die Forderungsrechte der Parteien gegeneinander zur Entstehung bringt, mit anderen Worten: erst der Abschluß des Vertrags begründet einen Anspruch auf die Leistung.

Nun ist es allerdings richtig, daß oft auch die Vorverhandlungen, welche dem definitiven Vertragsabschluß vorausgehen, von gewichtiger Bedeutung sind. Allein rechtsverbindlich sind nur die „Vorverträge", d. h. solche Verträge, in welchen sich die Parteien zum Abschluß eines künftigen Vertrags verpflichten. Diese sind aber wohl zu unterscheiden

[1]) s. Cosack, Lehrbuch 1, 290.

[2]) vgl. z. B. BGB. §§ 761, 766, 780, 781, 2371 usw.

von den bloßen Vorberedungen; denn ein Vorvertrag bedarf zu seiner Rechtsverbindlichkeit der gleichen Form wie der künftige Vertrag und muß alle wesentlichen Punkte desselben insoweit angeben, als dies für den künftigen Vertrag, wenn derselbe rechtliche Giltigkeit haben soll, erforderlich ist. Genügt ein solcher Vertrag diesen Erfordernissen, dann hat auf Grund dieses Vertrags jede Partei das Recht, die Mitwirkung der Gegenpartei zum Abschluß des künftigen Vertrags zu verlangen, nicht aber kann sie sofort Erfüllung des künftigen Vertrags fordern. Bloße Vorberedungen haben jedoch nicht einmal die Wirkung, die Teilnahme der Gegenpartei zum Vertragsabschluß zu erzwingen, noch viel weniger kann ihnen die Kraft zugesprochen werden, einen Anspruch auf Erfüllung zu gewähren.

Die Anschauung Bindings ist daher nicht gerechtfertigt; wohl aber erscheint es berechtigt, der Differenzierung des Reichsgerichts folgend zu unterscheiden zwischen dem Verhalten der einen oder anderen Partei beim Abschluß des Vertrags und ihrem Verhalten bei Erfüllung des Vertrags und demgemäß auch zwischen Betrug beim Vertragsabschluß und Betrug bei Vertragserfüllung.

Betrug ist in ersterem Falle erst dann gegeben, wenn die dem Leistenden bewirkte Gegenleistung geringwertiger ist als die von ihm gemachte Leistung: Der Schaden wird also hier bestimmt durch Schätzung des Wertes der Leistung und Gegenleistung; im zweiten Fall liegt dagegen Betrug schon dann vor, wenn dem Leistenden nicht das geleistet wird, worauf er für seine Leistung einen Rechtsanspruch hat, wenn er nicht erhält, was er von Rechts wegen beanspruchen kann: hier genügt es also, um das Merkmal der Vermögensbeschädigung verneinen zu können, nicht, daß die Gegenleistung der Leistung gleichwertig ist; es kann sehr wohl vorkommen, daß der Leistende zwar genau so viel erhält als er gibt und trotzdem an seinem Vermögen beschädigt wird, denn hier muß die Gegenleistung so groß sein, als der Leistende nach dem Inhalt des Vertrags verlangen kann. Man denke sich folgendes Beispiel: B kauft von A eine Kuh im Werte von 100 Mk. um 70 Mk.; in der Nacht stellt A eine andere Kuh in den Stall des B, indem er behauptet, es sei das gekaufte Tier, und B zahlt an A den vereinbarten Kaufpreis von 70 Mk. Am nächsten Morgen findet B in seinem Stall dann die andere Kuh vor, die zwar 70 Mk., nicht aber 100 Mk. wert ist. Hier erhält

also A ein volles Äquivalent für seine Leistung, aber nicht das Äquivalent, das er zu fordern berechtigt ist; er ist daher trotz Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung an seinem Vermögen beschädigt.

Doch wird noch eines erfordert, und das darf nicht übersehen werden, es muß sich, um Bindings Worte zu gebrauchen, um ein minus im Rechtssinne handeln, es muß ein Eingriff in die rechtlich anerkannten und rechtlich geschützten Güter gegeben sein.

Somit kommen wir zu dem Resultat, daß eine Vermögensbeschädigung dann anzunehmen ist, wenn das Vermögen des Getäuschten als der Inbegriff aller rechtlich anerkannten und geschützten geldwerten Güter — bei einseitigen Verträgen oder Liberalitätsakten durch Ausbleiben des für die Hingabe erwarteten, idealen — bei zweiseitigen Verträgen des realen Äquivalents in seinem Werte gemindert wurde.

Zweites Kapitel.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

§ 9.

Vorbemerkung.

Es wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß die Umschreibung des Themas unserer Abhandlung selbst uns in das Gebiet des Zivilrechts verweist. In der bisherigen Erörterung wurde es tunlichst vermieden, das bürgerliche Recht in die Besprechung hineinzuziehen; wenn wir nunmehr uns dazu wenden, die besondern Umstände einer Prüfung zu unterziehen, unter denen wir die Frage nach dem Vorliegen eines Betrugs zu beantworten haben, so mag es angebracht sein, schon jetzt darauf hinzuweisen, daß die folgende Erörterung in ihrer Berechtigung bereits angezweifelt, ihre rechtliche Grundlage bereits bestritten wird. Indessen kann dies nicht dazu führen, diesen Teil der Abhandlung zu übergehen, da sich daraus für die Lösung unserer Frage wichtige Momente ergeben werden. Wir haben die Fälle zu untersuchen, in denen „Betrügereien" bei unerlaubten Rechtsgeschäften begangen werden. Ich fasse unter den

unerlaubten Rechtsgeschäften sowohl die durch ein positives gesetzliches Verbot unerlaubten als auch die vom Standpunkt des objektiv-sittlichdenkenden Menschen unerlaubten Rechtsgeschäfte zusammen. Es wird sich nun vor allem darum handeln, festzustellen, welcher Art denn diese unerlaubten Rechtsgeschäfte sind.

§ 10.

Gesetzwidrige Rechtsgeschäfte.

Dem Grundsatz entsprechend, daß jedes Rechtsgeschäft einen gesetzlich zulässigen Inhalt haben muß, hat der Gesetzgeber diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Vornahme vom Gesetze positiv verboten sind, für nichtig erklärt. Klipp und klar sagt der § 134 des BGB.:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig."

Es wird somit eine gesetzliche Norm verlangt, welche die Vornahme dieses Rechtsgeschäftes verbietet. Liegt eine solche vor, so ist das trotz dieses Verbotes vorgenommene Rechtsgeschäft der Nichtigkeit verfallen.

Solche gesetzliche Verbote finden sich natürlich in erster Linie im Strafgesetzbuch und in den strafrechtlichen Nebengesetzen, dann aber auch in großer Anzahl im Gebiet des Zivilrechts. Man denke z. B. an den Verkauf von Abortivmitteln zum Zwecke der Abtreibung der Leibesfrucht von schwangeren Personen (§ 219 RStrGB.) oder an den Fall des Verrats von militärischen Geheimnissen, Auslieferung von Festungsplänen (§ 92 RStrGB.), oder man nehme den Fall an, daß jemand einen Dritten zur Ermordung eines andern dingt u. dgl. In all diesen Fällen verstößt der Inhalt gegen ein positives gesetzliches Verbot. Das über einen solchen Gegenstand mit diesem Inhalt abgeschlossene Geschäft ist nichtig. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß nicht jede Strafälligkeit einer Tat auch deren zivilrechtliche Nichtigkeit nach sich zieht; in der Regel wird dies allerdings anzunehmen sein und wird die mit Strafe bedrohte Handlung, welche trotz des gesetzlichen Verbots vorgenommen wird, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge haben. Allein nicht jedes Rechtsgeschäft ist notwendig nichtig, wenn es unter Umständen und mit Intentionen abgeschlossen wurde, die eine solche Handlung strafällig machen. Es

kann, wie auch Dernburg[1]) bemerkt, den Intentionen des Strafgesetzes entsprechen, daß das Geschäft Geltung behält, trotzdem daß der dasselbe Schließende der Strafe verfällt. Ohne Bedenken darf aber dann die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts angenommen werden, wenn die Strafandrohung ihren Grund hat in der sittlichen Verwerflichkeit der Handlung. Ein Beispiel hierfür liefert der Sachverhalt, der zu dem Reichsgerichtsurteil vom 27. April 1889 (E. 19, 186) geführt hat. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Angeklagte Q, ein Bordellwirt, das eine Mal unter Mitwirkung der Mitangeklagten H, das andere Mal in Mittäterschaft mit der Angeklagten K — beides öffentliche Dirnen — zwei andere Bordellwirte L und S bestimmt, ihm gewisse gegen H und K vermeintlich zustehende Forderungen ganz oder teilweise unter Verpfändung der gesamten der H und K gehörigen Garderobe auszuzahlen. Das Reichsgericht bemerkt in der Urteilsbegründung mit Recht, daß die gesamte Substanz der hier verhandelten Verträge und der eigentliche Titel der hier übertragenen Forderungsrechte gegen Sitte und Gesetz verstoße, daß sie positiv gesetzwidrig und verbrecherisch, nicht nur unsittlich und unerlaubt seien. Denn Q sowohl wie L und S würden, wenn die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage erhebe, wegen Kuppelei zur Rechenschaft gezogen. Es sei daher der ganze Vertrag gesetzwidrig und daher auch nichtig. Ebenso verhält es sich mit dem von Lindenberg mitgeteilten Falle, wonach X dem M vorgespiegelt hatte, ein Zwanzigmarkstück gefunden zu haben, was er aber nicht abgeben wolle: er wäre aber bereit, damit ihn M nicht anzeige, diesem die 20 Mk. gegen Herausgabe von 12 Mk. zu überlassen. Würde X in unserm Fall das gefundene Zwanzigmarkstück für sich behalten, d. h. sich rechtswidrig zueignen, so würde seine Handlungsweise sich unzweifelhaft als ein Vergehen nach § 246 RStrGB. qualifizieren, während M, wenn er auf den Vorschlag des X eingeht, sich dadurch der Teilnahme an diesem Vergehen, bezw. einer selbständigen strafbaren Handlung nach § 259 RStrGB. gegebenenfalls schuldig machen würde. Das Rechtsgeschäft würde somit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, und wenn M nach Erhalt des Zwanzigmarkstücks die Unechtheit desselben erkannte, so würde er nach § 817 BGB., wie wir alsbald sehen werden, keinen Ersatz des erlittenen Schadens verlangen können.

[1]) Dernburg, Pand. 2, 47 Nr. 16.

§ 11.

Unsittliche Rechtsgeschäfte.

Schwieriger als die Beantwortung der Frage nach dem Wesen der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte ist diejenige nach dem Wesen der unsittlichen Rechtsgeschäfte, schwieriger deshalb, weil wir es hier nicht mit einem Verstoß gegen geschriebenes Recht, sondern mit einem solchen gegen das ungeschriebene Gefühl und Empfinden des Menschen und seine Anschauung über gut und böse zu tun haben. Was meint das Gesetz mit den Worten: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig" (§ 138 BGB.)?

Daß unsittliche Rechtsgeschäfte nichtig sein sollen, wurde zu keiner Zeit in Zweifel gezogen; so bestimmte schon const. 4 de inut. stip. 8, 39: cum omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur nullius momenti sint.

War somit die Nichtigkeit für derartige Rechtsgeschäfte festgelegt, so war andererseits doch damit noch nicht die Frage entschieden, welche Rechtsgeschäfte als unsittlich in diesem Sinne zu erachten seien.[1]) Und auch heute noch ist diese Frage in Rechtslehre und Rechtsprechung ungemein bestritten. Dazu trug vor allem die Unbestimmtheit des römischen Ausdrucks mores bei, welche sich auch den späteren Generationen mitteilte. Unbestimmt wie das Volk gebrauchten ihn auch die römischen Juristen, ohne zu erkennen, daß in dem Ausdruck mores sich drei verschiedene Begriffe vereinigt finden: Sitte, Sittlichkeit und das aus der Sitte hervorgegangene Gewohnheitsrecht. Der deutschen Sprache war es vorbehalten, durch Trennung dieser Begriffe hier Klarheit zu schaffen. Um so bedauerlicher ist es, daß das BGB. durch eine Reihe von Bestimmungen, soweit es sich um die Begriffe Sitte und Sittlichkeit handelt, diesen Unterschied wieder zu verwischen droht, eine Folge unrichtiger Übersetzung bezw. Wiedergabe der Begriffe mores, boni mores und contra bonos mores, bedauerlich deshalb, weil, wenn das BGB. dem Sprachgebrauch des Volkes gefolgt wäre, die Streitfrage schon längst entschieden wäre, was unter unsittlichen Rechtsgeschäften

[1]) vgl. hierüber Seufferts Arch. 49 Nr. 238; Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Jahrgang I, 383; Iherings Jahrbücher 41, 68 ff.; Lotmar, Der unmoralische Vertrag; Dernburg, Pand. 2, 47; Löwenfeld-Staudinger § 138 Anm. 5 und die dort zitierten Stellen.

zu verstehen sei. Treffend bemerkt Jhering,[1]) der nach seinen eigenen Worten[2]) die außerordentliche Beachtung, die er der Sprache geschenkt, niemals bedauert hat, da diese ihm bei seinen Forschungen fast niemals die verlangte Auskunft versagt habe: „Bei Feststellung und Ermittlung des Begriffs und des Wesens der Sittlichkeit komme der Sprache eine besondere Autorität zu; denn es handle sich hier nicht um wissenschaftliche, der Erkenntnis und dem Urteil des Volkes fern liegende Probleme, sondern um psychologische Erfahrungstatsachen, die jeder an sich selbst täglich erfahren könne. Die Resultate dieser durch Milliarden von Menschen bekundeten inneren Erfahrung seien in der Sprache niedergelegt." Und mit vollem Recht weist Jhering auf den wertvollen Fortschritt und die dauernde Bereicherung der Ethik hin, die wir auf dem Gebiete der Scheidung von Recht, Sitte und Moral der deutschen Sprache zu verdanken haben — gegenüber den Kultursprachen des Altertums, der δίκη der Griechen, dem Dharma der Jndier, dem Mischpat der Juden und den mores der Römer.

Scharf hat die deutsche Sprache unterschieden zwischen Sitte und Sittlichkeit. Unter Sitte verstehen wir die in einem bestimmten Personenkreis herrschende, von dem einzelnen freiwillig befolgte Regel des Verhaltens; sie ist an Zeit und Ort gebunden und ist veränderlich; sie hat nur da Giltigkeit, wo sie besteht. Es fehlt ihr der Charakter des Verbindlichen oder Verpflichtenden, der einzelne kann sich ihr in seinem Tun unterwerfen, muß es aber nicht. Vielleicht ist es die Scheu, sich durch ein abweichendes Verhalten auffällig zu machen, vielleicht die Furcht, durch Nichtbefolgung sich gesellschaftliche Nachteile zuzuziehen, die den einzelnen veranlaßt, das, was Sitte ist, zu tun. Soll dies mit den Worten des Gesetzes im § 138 BGB. gemeint sein? Nimmermehr! Was diese Sitte, was der Anstand fordert, ist der Rechtsordnung grundsätzlich gleichgültig; nur unter ganz besonderen Umständen zieht sie auch die Vorschriften der Sitte in den Bereich ihrer Normen, wenn es sich um die Eigentümlichkeit einzelner Rechtsgeschäfte, die der Sitte entsprungen sind, handelt.[3]) Und doch fällt der Sitte noch eine besondere für die Wohlfahrt des Staats unendlich wichtige Aufgabe zu, indem

[1]) Jhering, Der Zweck im Rechte 2, Vorrede 20.
[2]) Jhering a. a. O. 15.
[3]) vgl. die §§ 157, 242, 534, 2330 BGB.

„sie den von der öffentlichen Meinung hinsichtlich seines äußeren Verhaltens beherrschten Durchschnittsmenschen in zahllosen Fällen vor unsittlichem Handeln bewahrt".[1])

Eine ganz andere Behandlung als die Sitte im Recht erfordert die Sittlichkeit. Sie ist eine der Grundfesten des Staatslebens, ihre Aufrechterhaltung ist ein Gebot der Wohlfahrt des Staates und der Gesellschaft, die Sittlichkeit ist „ein naturale der Rechtsordnung, sie ist ihr normaler Zustand.[2]) Die Verletzung der Sittlichkeit ist meist auch eine Verletzung der Rechtsordnung; „soweit diese der Staat als seiner eignen Ordnung feindlich erkennt, erklärt er sie für rechtswidrig, belastet sie demgemäß mit den Folgen der Rechtswidrigkeit, entzieht ihr grundsätzlich den Rechtsschutz und erkennt unsittliche Zwecke nicht als Rechtsgrund an."[3])

Fragen wir nun, was das Gesetz mit dem Ausdrucke „gegen die guten Sitten" meint, so kann die Antwort nur die sein, daß damit die Unsittlichkeit getroffen werden soll. Der Ausdruck ist zweifellos gleichbedeutend mit „gegen die Sittlichkeit".

Nun läßt sich freilich nicht leugnen, daß, wie dies auch das Reichsgericht ausspricht,[4]) und wie dies oben auch durch die Worte: „soweit diese der Staat als seiner eignen Ordnung feindlich erkennt" bereits angedeutet wurde, das Gebiet der Sittenpflichten, besser gesagt Sittlichkeitspflichten, mit dem der Rechtspflichten sich nicht deckt, und daß nicht jedes vom Standpunkt der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein muß. Welche unsittlichen Rechtsgeschäfte sollen aber dann nichtig sein? Die richtige Antwort hierauf läßt sich nur auf historischem Wege finden.

Der Code civil bestimmt in Art. 1131: „L'obligation . . . sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet" und in Art. 1133: La cause est illicite quand elle prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public", und in genauer Übersetzung dieser Gesetzesstellen trifft das badische Landrecht von 1809 in Satz 1131 und 1133 die Bestimmung: „Eine Übereinkunft, die auf einer unerlaubten Ursache beruht, bringt keine Rechtswirkung

[1]) Ihering a. a. O. 259 ff.
[2]) Jakobi in Iherings Jahrbüchern 41, 92.
[3]) Derselbe a. a. O. 82.
[4]) RGE. in Zivils. 6, 338.

hervor. Eine Ursache ist unerlaubt, wenn sie vom Gesetze verboten, der Sittlichkeit entgegen oder der Staatsordnung zuwider ist."

In gleicher Weise äußert sich der Entwurf des BGB. für das Großherzogtum Hessen (1844/53) in Bd. 1 Art. 84: „Verträge, welche auf einem unerlaubten Verpflichtungsgrunde beruhen, sind ungültig. — Der Verpflichtungsgrund ist ein unerlaubter, wenn er vom Gesetze verboten oder wenn er den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung zuwider ist"; ferner im Bd. 2 Art. 630: „Hat sich jemand etwas dafür geben lassen, daß er eine unerlaubte oder schändliche Handlung unterlasse oder das, wozu er ohne sie schon rechtlich verpflichtet ist, tue, so ist er dem Geber, insofern diesen selbst kein Vorwurf der Schändlichkeit trifft, das Empfangene zurückzuerstatten schuldig, ohne Unterschied, ob der mit der Gabe verknüpfte Zweck erreicht worden ist oder nicht", und in Art. 681: „Ist dagegen die Hingabe zu dem Zwecke geschehen, daß der Empfänger eine unerlaubte oder schändliche Handlung vornehme oder eine Handlung, zu welcher er rechtlich verpflichtet ist, unterlasse, so steht dem Geber kein Rückforderungsrecht zu."

Auch der Entwurf eines BGB. für Bayern (1860/64) erklärt in Teil 1 Art. 80 Abs. 2 diejenigen Geschäfte für nichtig, welche gegen ein gesetzliches Verbot, gegen die Sittlichkeit oder gegen die öffentliche Ordnung abgeschlossen sind, und gibt weiter in Teil 2 Art. 933 dem Gegner ein Rückforderungsrecht, wenn der Empfänger der Vermögenszuwendung diese dafür annimmt, daß er eine rechtswidrige, unsittliche oder gegen die öffentliche Ordnung verstoßende Handlung unterlasse, sofern nicht der Geber durch die Zuwendung selbst eine Gesetzwidrigkeit begangen hat.

Im BGB. für das Königreich Sachsen (1863) §§ 90, 793 werden Rechtsgeschäfte bezw. Verträge für nichtig erklärt, wenn sie dem Gesetze oder den guten Sitten widerstreitende Handlungen zum Gegenstande haben.

Endlich bestimmt der Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Dresden 1866) in Art. 3, daß eine Leistung nicht den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreiten darf.

---

[1]) Nach Jakobi a. a. O. 99 ff.

Die Motive[1]) zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich bezeichnen den Standpunkt des bayrischen und sächsischen Entwurfs als zu eng: „es müssen auch solche Rechtsgeschäfte, durch welche eine sittenwidrige Leistung nicht versprochen wird, deren Inhalt aber mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzt, unter Umständen nichtig sein; ein Grund, dies nur dann anzunehmen, wenn die Sittenwidrigkeit in der Rechtsform der Bedingung hervortritt — wie dies besonders auch der letztgenannte Entwurf getan hat — ist nicht vorhanden." In Verfolgung dieser These glaubten die Motive die Grenze dahin ziehen zu müssen, daß „Nichtigkeit eintrete, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletze". In zweiter Lesung wurden die Worte des Gesetzes: „dessen Inhalt" gestrichen. Diese Streichung begründen die Protokolle 1, 123 wie folgt:

„Es genüge nicht, mit dem Entw. 1 die Nichtigkeit nur bezüglich der Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar nur objektiv unter Ausscheidung der subjektiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Fall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer acht zu lassen, weil erst durch Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäftes in das richtige Licht gerückt werde."

Durch diese Änderung wollte man, wie Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege richtig bemerkt,[2]) nicht schlechthin jedes Rechtsgeschäft, bei dem irgend welche unlautere Motive die Parteien leiten, selbst dann für nichtig erklären, wenn sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstößt: Die Motive sollten nur als Auslegungsmittel für den Inhalt des Rechtsgeschäfts selbst herangezogen werden. Diese Auffassnng vertritt auch das Reichsgericht,[3]) wenn es sagt: „Ist auch die Ausscheidung der subjektiven Seite nicht unbedingt durchführbar, so ist doch auch der Grundsatz nicht allgemein anerkannt, daß die

[1]) Mot. z. Entw. e. BGB. f. d. Deutsche Reich Bd. 1, 211 § 106.
[2]) Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern Jahrg. 1, 383.
[3]) Seufferts Archiv 49 Nr. 238.

Verwerflichkeit der Gesinnung allein, die sich in einem Rechtsgeschäft offenbarte, an sich schon die Nichtigkeit begründe; im Gegenteil gehen die Entscheidungen oberster Gerichtshöfe davon aus, für die Prüfung der Frage, ob das Geschäft als unsittlich mit der Wirkung der Nichtigkeit zu erachten sei, den Gegenstand des Geschäfts von den Beweggründen, welche zu seinem Abschluß geführt, und von den Zwecken, welche damit verfolgt werden, zu sondern und nur den Leistungsinhalt selbst unter die Probe zu stellen." Liegt also ein unlauterer Beweggrund vor, so kann aus diesem allein das Rechtsgeschäft noch nicht für unsittlich erklärt werden. Die Verwerflichkeit des Beweggrundes allein ist, wie es das Reichsgericht[1]) ausspricht, zivil- und strafrechtlich bedeutungslos. Der sich aus Inhalt, Motiv und Zweck zusammensetzende Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts muß unsittlich sein.

Man wird mit Lotmar[2]) einen Vertrag wegen Unsittlichkeit somit dann für nichtig erklären müssen, wenn eine Leistung vereinbart ist, die entweder

1. an und für sich der Moral widerstreitet, oder
2. deren Aufnahme in einen Vertrag der Moral widerstreitet, oder
3. deren kausale Verknüpfung mit einer pekuniären Leistung der Moral widerstreitet.

Ist keiner dieser drei Fälle gegeben, so muß die Frage, ob das fragliche Rechtsgeschäft nichtig ist, verneint werden.

Wenn also das Gesetz in § 138 BGB. sagt: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig," so soll dies heißen, daß ein Verstoß gegen das jeweilige, sittliche Volksbewußtsein in der oben näher umgrenzten Form die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat; es sollen diejenigen Rechtsgeschäfte der Nichtigkeit verfallen, welche unmoralisch sind, mit dem Abmaß, daß neben dem Inhalt des Rechtsgeschäfts auch die Gesinnung der Parteien in Betracht zu ziehen ist.[3]) Es mag noch zum Schluß auf Dernburgs[4]) Ausspruch verwiesen werden. Dernburg bemerkt bei dem Abschnitt über unsittliche Rechtsgeschäfte folgendes:

---

[1]) Seufferts Archiv 49 Nr. 238.
[2]) Lotmar a. a. O. 66 ff.
[3]) So auch Jakobi a. a. O. 108.
[4]) Dernburg, Pand. 2, 47.

„Bei der Frage der Unsittlichkeit eines Geschäfts sind die bestimmenden und offensichtlichen Motive desselben notwendig in Betracht zu ziehen. Gerade sie entscheiden vorzugsweise über die Lauterkeit oder die Unsittlichkeit des Geschäfts; doch darf das nicht übertrieben werden, sonst wäre Vertragstreue und Rechtssicherheit gefährdet. Entferntere, bloß mögliche, vorübergehende Zwecke sind daher regelrecht nicht zu beachten. Eine feste Regel, welche die Grenze zieht, läßt sich nicht geben."

§ 12.

Die Bestimmung des § 817 BGB. im Verhältnis zu §§ 134 u. 138 BGB.

In scheinbarem Widerspruch zu dem in den vorhergehenden Paragraphen entwickelten Grundsätzen, durch die das Prinzip der Nichtigkeit sanktioniert ist für solche Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, steht nun der § 817 BGB., durch den dieses Prinzip offenbar durchbrochen ist. Über das Verhältnis dieses Paragraphen zu den §§ 134 und 138 ist schon viel gestritten worden; auf all diese einzelnen Streitfragen einzugehen, erscheint mir im Interesse dieser Abhandlung untunlich; nur zur Klärung dieses Verhältnisses sei folgendes bemerkt:

All die verschiedenen Bedenken, die bezüglich der Stellung des § 817 BGB. geäußert wurden, lassen sich lösen, wenn man — wie dies besonders Oertmann[1]) scharf betont — scheidet „zwischen Geschäften, die selbst unsittlich oder rechtswidrig sind — sie sind nichtig —, und solchen, bei deren Abschluß nur der eine oder der andere Teil oder auch beide unsittlich oder rechtswidrig handeln, ohne daß das im Geschäft als dessen Bestandteil zum Ausdruck kommt und ihm so auch einen objektiv unsittlichen Charakter aufzwingt — ihretwegen greift nur der § 817 durch", d. h. es ist zu unterscheiden zwischen der objektiven Unsittlichkeit des Geschäfts und der davon ganz verschiedenen Unsittlichkeit der Kontrahenten. Nur für letztere ist § 817 entscheidend, während die Leistungen aus einem nur objektiv unsittlichen Rechtsgeschäft

[1]) Oertmann, Kommentar § 817 Anm. 3; vgl. auch Erlanger, Der Gesetzwiderspruch der §§ 134, 138 BGB. mit § 817 BGB. S. 43 ff.

von dem nicht subjektiv unsittlichen Geber nach § 812 kondiziert werden können.

Daß durch den § 817 die subjektive Unsittlichkeit des Kontrahenten getroffen werden soll, besagen ausdrücklich die Motive auch zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]):

„Als Grund der Restitutionspflicht", heißt es dort, „erscheint einzig und allein der auf seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß und die darin sich offenbarende Auflehnung gegen die guten Sitten . . . es soll die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden. Um im Volksleben den Sinn für die guten Sitten zu stärken, ist daher überall, wo der Empfänger durch die Annahme der Leistung mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzt, die Pflicht zur Herausgabe vorzuschreiben."

Ebenso niedrig wie die Gesinnung des Empfängers erscheint aber auch die des Gebers, wenn er sich gleichfalls gegen die guten Sitten, gegen Wahrhaftigkeit und Rechtlichkeit vergeht. Deshalb hat auch das Gesetz die Statthaftigkeit der Rückforderung in Satz 2 des § 817 BGB. ausgeschlossen, „wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden". Dies alles entspricht, wie auch Dertmann[2]) hervorhebt, dem gemeinrechtlichen Satze, daß in pari turpitudine melior esse debet causa possidentis: Dertmann führt insbesondre als Beispiele an Leistungen zwecks Anreizung zu einem Verbrechen, zur Rechtsbeugung und beim Hurenlohn.

In dieser gesetzlichen Bestimmung tritt klar der Wille des Gesetzgebers hervor, der hier die subjektive Unsittlichkeit der Kontrahenten als dem Staate und dessen Ordnung zuwiderlaufend, als des rechtlichen Schutzes unteilhaftig erklärt. Er muß hier auch dem Leistenden die condictio versagen, weil er sich sonst zum Beschützer jemandes machen würde, der seinen — des Staates — eigenen Interessen zuwiderhandelt. So wenig wie der Empfänger hat auch der Geber einen rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung; deshalb kann ihm auch der Staat seinen Schutz nicht gewähren.

[1]) Motive z. Entw. d. BGB. §§ 105, 106, 747.

[2]) Dertmann a. a. O. Anm. 4.

Drittes Kapitel.

Betrug bei unerlaubten Rechtsgeschäften im Sinne des Strafrechts.

§ 13.

Die Abhängigkeit des Strafrechts von den Bestimmungen des Zivilrechts.

Rommel[1]) und Lindenberg[2]) halten, wie schon kurz erwähnt wurde, übereinstimmend es nicht für gerechtfertigt, die zivilrechtlichen Grundsätze über die unerlaubten Rechtsgeschäfte bei der Frage, ob ein krimineller Betrug vorliege, zum Maßstab zu nehmen; es müsse, bemerkt Rommel, für den Tatbestand des Betrugs im strafrechtlichen Sinne gleichgiltig sein, ob das Zivilrecht das beschädigte Vermögensrecht durch eine Klage schütze, oder ob durch die Beeinträchtigung eine Ersatzklage begründet werde oder nicht; denn, fügt derselbe bei, auch eine Spielforderung sei nicht klagbar, und doch könne durch falsches Spiel Betrug verübt werden.

Um gleich bei diesem letzten Satz Rommels stehen zu bleiben, so muß bemerkt werden, daß derselbe zwar objektiv zweifellos richtig, aber seine Anwendung in diesem Zusammenhang ebenso verfehlt ist.

Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch ebenso wie das mittelalterliche deutsche Recht und später das preußische Landrecht[3]) dem Spiel gegenüber eine ablehnende Haltung eingenommen hat und im § 762 bestimmt, daß durch das Spiel eine Verbindlichkeit (sc. im Rechtssinne) nicht begründet werde, daß ferner eine Leistung, die auf Grund des Spiels erfolgte, nicht deshalb zurückgefordert werden könne, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch damit das Spiel, sofern es nicht unter den § 284 RStrGB. fällt, doch nicht für unsittlich oder gar gesetzwidrig erklären wollen. Das Gesetz gestattet das Spielen, ohne irgend welche Norm über die

---

[1]) Rommel a. a. O. 91.

[2]) DJZ. 9, 1055.

[3]) vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht 3 § 194, 1; ALR. Teil 1 Tit. 11 §§ 577 und 578.

Art und Weise des Spielens aufzustellen;[1]) es überläßt alles dem Ehr- und Anstandsgefühl der Spielenden, insbesondere auch die Entscheidung über die aus dem Spiel sich ergebenden gesellschaftlichen oder moralischen Verpflichtungen. Das Spiel begründet somit nicht deswegen keine Restitutionspflicht und kein Restitutionsrecht, weil es gesetzwidrig oder unsittlich sei, sondern lediglich wegen des Zwecks, den die Spielenden damit verfolgen, nämlich des Vergnügens halber. Eben deswegen ist aber, auch wenn auf Grund des Spiels sonst kein Rückforderungsrecht gewährt ist, dann ein solches anzunehmen, wenn einer der Spielenden sich eines Betrugs schuldig macht. Die Bestimmung des § 762 BGB. bietet für die Anwendung des § 826 BGB. kein Hindernis.[2]) Gerade diese Tatsache aber beweist im Zusammenhalt mit § 817 BGB., daß der Gesetzgeber das Spiel anders behandelt wissen will als unsittliche oder gesetzwidrige Rechtsgeschäfte. Wenn also Rommel meint, aus der Tatsache, daß, wiewohl eine Spielforderung nicht klagbar sei, doch ein beim Spiel verübter Betrug strafrechtliche Ahndung finden könne, folge mit gleicher Notwendigkeit, daß auch ein bei unsittlichen oder gegen das Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäften begangener „Betrug" strafrechtliche Ahndung finden müsse, so ist diese Anschauung Rommels nicht richtig.

Was die weiteren Einwendungen Rommels und Lindenbergs hinsichtlich der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften bei Beurteilung von Straffällen betrifft, so ist hierzu folgendes zu bemerken.

Wir haben bereits gesehen, daß der Staat sich nicht darauf beschränken kann, nur mit zivilrechtlichen Schutzmitteln dem beim Abschluß von Verträgen Verletzten zu Hilfe zu kommen, da diese sehr häufig nicht ausreichen, sondern denjenigen, der die Rechtsordnung verletzt, auch strafrechtlich verfolgen muß. Durch die Rechtsordnung soll der Wille des einzelnen, sofern er mit Recht und Gesetz in Einklang steht, geschützt werden. Wird der Wille des einzelnen verletzt und stellt sich diese Verletzung als eine Verletzung des mit dem Willen des einzelnen sich identifizierenden Willens der Gesamtheit dar, so ist damit für den Staat auch die Notwendigkeit strafrichterlichen Einschreitens gegeben,

[1]) Sofern es natürlich kein Glücksspiel im Sinne des § 284 RStrGB. ist.

[2]) So auch Frank, Lehrbuch 317; Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 § 156 S. 572; s. auch die bedeutende Abhandlung Pfizers im GS. 41, 331 ff.

denn „es liegt, wie Beling[1]) treffend ausführt, in der Zweckbestimmung der Rechtsordnung, daß der Staat gegen die Übertreter derselben reagiert; die Vergeltung findet ihre Rechtfertigung unmittelbar in der Zweckbestimmung der Rechtsordnung. Die Rechtsgebote verlangen Autorität. Soll die Rechtsordnung sich nicht als illusorisch erweisen, so muß sie sich gegen die Übertreter der Rechtsordnung in Gestalt der Strafe bewähren". Es wird also stets dann eine Verantwortlichkeit auf seiten des Verletzenden begründet, wenn derselbe durch seine Handlung den Willen des anderen verletzt, und wenn der Staat seine eigenen Interessen mit denen des Verletzten solidarisch erklärt.

Verweigert hingegen der Staat dem Verletzten seinen Schutz, so kann die Ursache hierfür nur darin zu finden sein, daß der Wille des Staates sich mit dem Willen des einzelnen nicht identifizieren, sich nicht solidarisch erklären kann. Der Rechtsgrund, der den Staat veranlaßt, in dem einen Falle einzuschreiten und in dem andern Falle seine Unterstützung zu versagen, ist die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung. Diese allgemeinen Grundsätze gelten für Strafrecht wie Zivilrecht in gleicher Weise.

Wir haben nun oben gesehen, wie der Staat gewissen Rechtsgeschäften die Anerkennung versagt, und zwar deshalb, weil dieselben gegen das Gesetz oder gegen die sittliche Volksanschauung verstoßen. Es wurden ausführlich die Gründe dargelegt, weshalb derartige Rechtsgeschäfte mit der Wirkung der Nichtigkeit belegt sind. Es kann m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß es die Pflicht der Gesetzgebung ist, diese Bestimmungen, wie sie uns in den §§ 134, 138, 817, 826 BGB. begegnen, zu treffen. Versagt aber der Staat auf dem Gebiet des Zivilrechts solchen unsittlichen oder gesetzwidrigen Verträgen überhaupt die Anerkennung, so kann er dieselben auch im Gebiet des Strafrechts nicht für rechtsgültig erklären; verweigert er dort dem beim Abschluß solcher Verträge Getäuschten das Rückforderungsrecht oder den Anspruch auf Schadensersatz, so kann er diese Verletzung auch hier strafrechtlich nicht ahnden. Die Anschauung Lindenbergs, daß aus der Tatsache der Nichtanerkennung solcher Verträge durch den Staat nicht folge, daß auch ein dabei begangener „Betrug" straflos bleiben müsse, ist daher zurückzuweisen. Der Staat kann, wie Merkel[2]) richtig

[1]) Beling, Grundzüge des Strafrechts S. 4.

[2]) Merkel, Krim. Abh. 2, 225ff.

sagt, jene Identifikation in bezug auf eine und dieselbe Verletzung nicht zugleich verneinen und bejahen. Verneint er die Solidarität des Willens des einzelnen mit dem der Gesamtheit auf dem Gebiet des Zivilrechts, so muß er dies auch auf dem Gebiet des Strafrechts tun. Es wäre ein Widerspruch in sich selbst, wollte man behaupten, daß die Verletzung eines Vertrags, der zivilrechtlich nicht erzwungen werden kann, zu dessen Erfüllung der Staat seine Machtmittel verweigert, strafrechtlich geahndet werden könne.

Schon aus diesem Grunde ergibt sich, daß der Anschauung Lindenbergs und Rommels der Beifall zu versagen ist. Der Strafrichter ist nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die zivilrechtlichen Grundsätze über die Rechtsgeschäfte gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten zu beachten, er darf daher in den Fällen, wo es sich um unerlaubte Verträge handelt, Betrug nicht annehmen, da ein beiderseits unerlaubtes Rechtsgeschäft vorliegt. Allerdings muß, wie eben betont wurde, ein beiderseits unerlaubtes Rechtsgeschäft vorliegen. Der Getäuschte muß die juristische Unmöglichkeit der Gegenleistung gekannt und sich nicht etwa in einem Zustande mangelnder geistiger Reife oder sonst welcher beschränkten Geschäftsfähigkeit befunden haben, der eine Anfechtung des Rechtsgeschäfts aus zivilrechtlichen Gründen zuließe. In solchen Fällen, wo die Erkenntnis der juristischen Unmöglichkeit der vorgespiegelten Gegenleistung auf seiten des Getäuschten fehlt, kann Betrug nach § 263 RStrGB. sehr wohl begangen werden. Dies hat auch das Reichsgericht in dem Urteil vom 11. März 1904 (E. 37 Heft 1 Nr. 29 S. 80) anerkannt. Der der Entscheidung zugrunde liegende Tatbestand ist bereits auf S. 36 dieser Abhandlung kurz mitgeteilt. X hatte dem M mitgeteilt, er habe ein Zwanzigmarkstück gefunden, wolle aber den Fund nicht abgeben und dem M, damit ihn dieser nicht verrate, einen Teil des Geldes zuwenden. Er werde dem M die 20 Mk. gegen Herausgabe von 12 Mk. überlassen. M ging auf dieses Ansinnen ein, gab dem Angeklagten den verlangten Geldbetrag und erhielt dafür ein völlig wertloses Metallstück, das er für das angeblich gefundene Zwanzigmarkstück hielt. Hier hatte, nachdem das Reichsgericht die wegen Betrugs erfolgte Verurteilung aus später zu erörternden Gründen aufgehoben hatte, bei erneuter Verhandlung die Strafkammer angenommen, M sei geistig beschränkt; er habe nicht gewußt, daß er mit dem Ansichbringen des angeblichen Zwanzigmark-

stücks eine unerlaubte Handlung begangen habe; er sei in dem Glauben gewesen, daß der Angeklagte ihn an einem unvermuteten Glücksfall teilnehmen lasse. Da bei dieser Sachlage dem M kein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen das Gesetz zur Last gelegt werden konnte, also auch kein rechtlich relevantes unerlaubtes Geschäft auf seiten des M vorlag, hatte die Strafkammer den Angeklagten nun doch wegen Betrugs bestraft. Die so begründete Verurteilung hielt das Reichsgericht in dem erwähnten Urteil für unbedenklich, und das mit vollem Recht; denn um das Vorhandensein eines Betrugs bei unerlaubten Rechtsgeschäften verneinen zu können, muß auf seiten des Täuschenden wie des Getäuschten eine Verfehlung gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten gegeben sein. Nicht nur der Täuschende, sondern auch der Getäuschte muß unsittlich oder gesetzwidrig handeln. Erst dann entfällt die Möglichkeit eines Betrugs im Sinne des § 263 RStrGB.

Kann ich mich so der Anschauung Lindenbergs und Rommels nicht anschließen, so erscheint mir andrerseits auch unzweifelhaft, daß die oben mitgeteilte Unterscheidung Eschers hinsichtlich der „unbedingt" und der „nur durch das Gesetz" verbotenen Leistungen völlig unbrauchbar ist. Der moderne Staat steht, wie schon auf S. 8 der Abhandlung ausgeführt wurde, auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkt. Was durch das Gesetz absolut verboten ist, das soll auch vor dem Gesetz keine Giltigkeit haben; das weite Gebiet der Moral mit seinen an das Moralitätsgefühl des einzelnen appellierenden, ungeschriebenen Geboten und Verboten bietet weiten Spielraum zur Vornahme von Handlungen, die, von verschiedenen betrachtet, verschieden beurteilt werden. Was dem einen als seinen moralischen Anschauungen zuwiderlaufend erscheint, und was er infolgedessen für unmoralisch erachtet und zu tun unterläßt, das zu tun macht dem andern keine Sorge. Er kann es tun, niemand kann ihn daran hindern, er kann es auch dann tun, wenn er es selbst für unmoralisch halten sollte, ohne eine strafrechtliche Verfolgung befürchten zu müssen, eben deshalb, weil es gesetzlich nicht verboten ist und demzufolge auch keiner strafrichterlichen Aburteilung unterliegen kann. Diese Differenzierung Eschers, mit der er übrigens selbst, wie Merkel[1]) richtig bemerkt, nichts

[1]) Merkel, Krim. Abhandl. 2, 225. Im übrigen kann ich Merkel nicht beistimmen, wenn er Escher den Vorwurf macht, daß dieser sich selbst widerspreche. Das, was Escher auf S. 136 seines Werkes über das verbotene Glücks-

Rechtes anzufangen weiß, ist uns unverständlich und als verfehlt zu erachten.

Der Anschauung Köstlins[2]) gegenüber ist zu bemerken, daß es allerdings richtig ist, daß der Grundsatz dolus dolo compensatur in dieser allgemeinen Fassung im Strafrecht nicht anwendbar ist, daß er aber im konkreten Falle in Verbindung mit den zivilrechtlichen Grundsätzen über unerlaubte Rechtsgeschäfte, wie oben gezeigt, angewendet werden muß und somit zu der Verneinung des Betrugs im Sinne des § 263 RStrGB. führen muß.

§ 14.

Die juristische Natur der Leistung der Getäuschten.

Noch aus einem andern Gesichtspunkte muß unsre Frage, ob Betrug nach § 263 RStrGB. vorliegt, wenn der Getäuschte den hingegebenen Vermögensvorteil im Rechtsweg nicht zurückfordern kann, weil die ihm vorgespiegelte Gegenleistung gegen das Gesetz oder gegen

---

spiel sagt, steht nicht im Widerspruch zu den die Erörterung der speziellen Frage einleitenden Bemerkungen. Wenn Escher dort (S. 132 a. a. O.) sagt, daß in manchen Fällen, wo der eine sich von dem andern etwas versprechen lasse, was durch Gesetze oder Moral verboten, mithin moralisch unmöglich sei, es nicht scheine, daß der Geber des Geldes den Empfänger, welcher ihm für solche unerlaubte Zwecke Geld ablockte, des Betrugs anklagen könne, so hat Merkel allem Anschein nach Escher in der Anwendung der Worte „daß es nicht scheine" unrichtig verstanden. Escher wollte damit lediglich die „Möglichkeit" konstatieren, daß hier event. Betrug in Wegfall komme; Merkel dagegen hat dieses „es scheint" in dem von älteren Autoren allerdings oft gebrauchten Sinne von „es ist tatsächlich so, es scheint mir, es ist meine Überzeugung" aufgefaßt. Diese Interpretation wird gestützt durch die Ausführungen Eschers, in denen er ausdrücklich die Möglichkeit eines Betrugs teilweise bejaht, teilweise aber auch verneint; sie steht aber auch nicht in Widerspruch mit den Bemerkungen Eschers über die Glücksspiele, wo es heißt: „Wohl aber kann planmäßige Prellerei durch eine betrüglich eingerichtete Lotterie ausgeführt werden, oder es können bei Anlaß einer Lotterie, die an sich nicht eine betrügliche ist, Betrügereien verübt werden, und schon nach der rationellen Strafrechtstheorie erscheinen solche Betrügereien, welche mit einer Polizeiübertretung verbunden sind, als qualifizierter Betrug." Die Lotterien können nach Escher „nur" durch positive Gesetze verboten werden, weshalb nach jener Ansicht Betrug hier möglich ist.

[2]) s. oben S. 10.

die guten Sitten verstößt, verneint werden. Wir haben nämlich noch zu untersuchen, inwieweit die einzelnen Tatbestandsmerkmale auf unsre Fälle zutreffen, ob sie wirklich auch alle gegeben sind, und bei dieser Prüfung wird es sich zeigen, daß letzteres nicht der Fall ist.

Es wurde bereits an früherer Stelle darauf hingewiesen, daß die Momente der Täuschungshandlung, das Vorspiegeln falscher und das Entstellen bezw. das Unterdrücken wahrer Tatsachen und die dadurch hervorgerufene Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums sich in Fällen gegenwärtiger Art leicht feststellen lassen werden; sie sind zweifellos gegeben. Auch das Moment der „rechtswidrigen Bereicherungsabsicht" dürfte vorliegen; denn wenn unter „rechtswidrigem Vermögensvorteil" ein solcher zu verstehen ist, den zu beanspruchen man nicht berechtigt ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß z. B. ein Prozeßvertreter, der seinem Klienten Geld ablockt unter der Vorspiegelung, dadurch den Gegner beeinflussen zu können, ebensowenig berechtigt ist dieses Geld zu verlangen wie die Dirne, welche sich für die in Aussicht gestellte Gewährung des Beischlafs solches geben läßt. Es gewinnt daher den Anschein, als ob tatsächlich Grycieckі[1]) recht hat, der mit dieser Begründung in unsern Fällen Betrug annimmt.

Wenn der Gesetzgeber nur das Vorhandensein dieser drei Erfordernisse verlangte, so könnte allerdings die Antwort auf unsre Frage nicht anders lauten, als wie sie Grycieckі gegeben hat; es muß jedoch noch ein Viertes gegeben sein: das Vermögen des Getäuschten muß durch die Täuschungshandlung beschädigt sein. Ist dieses hier der Fall?

Das Charakteristische des Betrugs liegt im Gegensatz zu den übrigen Vermögensdelikten, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung darin, daß er in den Formen des Vertrags auftritt oder doch wenigstens den Schein eines solchen als wesentliches Moment benutzt. Während bei der Unterschlagung, beim Diebstahl und Raub, bei der Erpressung, soweit dieselbe widerrechtliche Aneignung oder Nötigung ist, der Täter einseitig und allein, ohne Zutun des Verletzten, die verbrecherische Handlung begeht, zielt beim Betrug der Wille des Täters darauf ab, den Willen desjenigen, der zu einer für ihn oder für einen andern günstigen Disposition über sein oder eines andern Vermögen bestimmt werden soll, durch Täuschung sich gefügig zu machen; er bedient sich

[1]) Grycieckі a. a. O. 94.

der Form des Vertrags. Der andre soll selbsttätig mitwirken und sich durch die Täuschung bestimmt seines Eigentums an den Täter oder einen Dritten entäußern; er soll zu einem in vermögensrechtlicher Beziehung nachteiligen Verhalten veranlaßt werden. Der Täter verleitet ihn, indem er ihm eine gleichwertige Gegenleistung zusagt, seinerseits zur Leistung. Wird die Gegenleistung bewirkt, und zwar in einer den Interessen des Leistenden im Moment der Tat entsprechenden Weise, so ist der Leistende in seinem Vermögen nicht beschädigt. Bleibt sie dagegen aus, so ist, da es bei der Frage der Vermögensbeschädigung nicht sowohl auf die Beschaffenheit des vom Getäuschten hingegebenen Vermögensstücks als vielmehr auf die Beschaffenheit der in Aussicht gestellten Gegenleistung ankommt, eine Vermögensbeschädigung auf seiten des Getäuschten vorhanden; der Getäuschte gibt nur in Beziehung auf ein ihm vorgespiegeltes und, wie schon betont, seinen Interessen entsprechendes Äquivalent materieller oder ideeller Natur, hinsichtlich dessen Existenz er sich im Irrtum befindet. Der Geber ist also erst dann in seinem Vermögen beschädigt, wenn das ihm in Aussicht gestellte Äquivalent ausbleibt, wenn die Gegenleistung, die ihm für seine Leistung zugesagt wurde, sich als illusorisch erweist. Worin besteht aber in unsern Fällen die Gegenleistung? Sie besteht in einer gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßenden Leistung; wenn nun aber zur Vermögensbeschädigung ein Eingriff in die rechtlich anerkannten geldwerten Güter gehört, so fragt es sich weiter, ist ein solcher hier gegeben? Kann eine Vermögensbeschädigung in rechtlich relevantem Sinne vorliegen, wenn die Gegenleistung zwar ausbleibt, diese jedoch eine unsittliche oder gesetzwidrige Handlung ausmachen würde?

Der Getäuschte ist sich bewußt, daß die ihm in Aussicht gestellte Gegenleistung sein Vermögen nicht mindern, vielmehr mindestens gleichen Wert haben wird. Deshalb leistet er. Er hat auf die Gegenleistung einen Anspruch, der rechtlich begründet ist und ist in seinem Vermögen beschädigt, wenn er diesen Anspruch nicht realisieren kann. So bei solchen Verträgen, die vom Rechte anerkannt und mit rechtlichen Garantien ausgestattet sind. Ganz anders bei solchen Rechtsgeschäften, die beiderseits unsittlich oder gesetzwidrig sind. Hier leistet auch der Getäuschte in dem Bewußtsein,[1]) daß die ihm in Aussicht gestellte

[1]) vgl. oben S. 48.

Gegenleistung eine solche Handlung ausmacht; er ist sich bewußt, daß er auf die Gegenleistung keinen Anspruch hat, den ihm das Recht irgendwie schützt. Macht er gleichwohl um einer solchen Gegenleistung willen Aufwendungen, läßt er sich trotz Kenntnis des Inhalts der Gegenleistung seinerseits zur Leistung bestimmen, so ist er demjenigen gleichzuachten, der überhaupt kein Entgelt oder doch nur ein völlig minderwertiges für seine Leistung verlangt. Es kann daher hier von einem rechtlichen Verlust nicht die Rede sein. Der Leistende wußte, daß die Gegenleistung, weil unsittlich oder gesetzwidrig, juristisch unmöglich war (§ 308 BGB.). Er hat aber trotzdem geleistet, obschon er die juristische Unmöglichkeit der Gegenleistung kannte. Ist dieselbe ausgeblieben, so kann dieser Entgang eines juristisch unmöglichen Gewinns keine Vermögensbeschädigung im Rechtssinne enthalten, er ist juristisch gleich null zu erachten; es ist, wie Merkel[1]) sagt, der in Rede stehende Fall demjenigen gleichzustellen, wo der Geber die — ökonomisch betrachtet tatsächlich vorhandene — juristisch aber irrelevante Vermögensminderung, die sich durch das Ausbleiben der Gegenleistung für ihn ergibt, mit Wissen und Willen herbeiführt, oder, wie das Reichsgericht bemerkt[2]):

„Derjenige, welcher sich solche im Rechte nicht geschützte Gegenleistungen versprechen läßt, muß als einer behandelt werden, der sein Vermögen im Bewußtsein mindert, daß eine Gegenleistung im Rechtssinne unmöglich war, also ohne jede Rücksicht auf die Gegenleistung."

Aus diesen Gründen ergibt sich daher gleichfalls die Notwendigkeit einer verneinenden Antwort auf unsere Frage.

Das Reichsgericht hatte früher, wie schon oben bemerkt, die hier vertretene Anschauung nicht geteilt. Noch in dem Urt. v. 17. 2. 1887[3]) führt das Reichsgericht aus:

> „Die Angeklagte vermißt ferner mit Unrecht hinsichtlich der fünf Vergehen des Betrugs, deren sie schuldig erklärt worden ist, eine genügende Feststellung der Vermögensbeschädigung. Solche ist von dem angefochtenen Urteil überall darin erblickt worden, daß die über die tatsächliche Beschaffenheit der ihnen gereichten Mittel getäuschten Mitangeklagten für die fast

[1]) Merkel, Krim. Abhandl. a. a. O. 222.
[2]) RG. E. 36, 343.
[3]) E. 15, 318.

wertlosen, angeblich zur Abtreibung der Leibesfrucht geeigneten Mittel an die Täuschende namhafte Preise gezahlt haben, welche sie nicht gezahlt haben würden, wenn sie über die wirkliche Beschaffenheit der Mittel aufgeklärt gewesen wären. Diese Begründung des Tatbestandmerkmals läßt eine rechtsirrige Auffassung desselben nicht erkennen."

Dieses Urteil, das eben übersah, daß zur Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 RStrGB. ein Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen gehört, ist, wie bemerkt, inzwischen längst überholt worden. Schon im Urt. v. 27. 4. 1889[1]), also nur zwei Jahre später, hat sich unser oberster Gerichtshof der gegenteiligen Ansicht angeschlossen. In dem zur Entscheidung gekommenen Fall sollte der Angeklagte Q, ein Bordellwirt, das eine Mal unter Mitwirkung der Mitangeklagten H, das andere Mal in Mittäterschaft mit der Angeklagten K — beide öffentliche Dirnen — sich eines wiederholten Betrugs gegen zwei andere Bordellwirte L und S dadurch schuldig gemacht haben, daß er die beiden letzterwähnten Personen unter falschen Vorspiegelungen bestimmte, ihm gewisse gegen H und K vermeintlich zustehende Forderungen ganz oder teilweise unter Verpfändung der gesamten der H und K gehörigen Garderobe auszuzahlen; die im Komplott mit Q handelnden beiden Mitangeklagten H und K überlieferten dann den Pfandgläubigern fälschlich als ihre Garderobe alte wertlose Gegenstände, während sie ihre eigentliche Garderobe zurückbehielten. Der Betrug war, so wurde von der Vorinstanz angenommen, in beiden Fällen mit der Zahlung der Geldsumme seitens des L und S an Q vollendet.

Das Reichsgericht hob auch hier die Verurteilung wegen Betrugs auf, indem es auf die causa des Rechtsgeschäfts zurückging. Es bemerkt a. a. O.:

Die Übereignung der Garderobe der Dirnen H und K an L und S sei lediglich akzessorischer Natur; denn die Garderobe sei nur Zubehör der Dirnen und um deren Übereignung aus der einen kupplerischen Hand in die andere handle es sich hier. Es könne keinem Zweifel unterliegen, daß die hier in Frage stehenden Ansprüche des Q, L und S an die H und K ungeeignet seien, irgend welche Anerkennung im Rechte zu finden und irgend welches Begriffsmerkmal

[1]) E. 19, 186.

von rechtlichem Vermögensvorteil oder Vermögensverlust zur Grundlage zu dienen. Erwiesenermaßen seien H und K öffentliche Dirnen, welche gewerbsmäßig Unzucht trieben; Q, L und S betrieben aber ebenso gewerbsmäßig das „Beherbergen" solcher Dirnen, d. h. sie gewähren den letzteren zum Zwecke des Unzuchtbetriebes die erforderliche Wohnung, Kost, Garderobe usw., kurz die gesamte für den Unzuchtbetrieb nötige Ausrüstung und erwarteten dafür Bezahlung aus dem Unzuchtverdienst selbst. Es sei daher klar, bemerkt das Reichsgericht weiter, daß die gesamte Substanz der hier verhandelten Verträge und der eigentliche Titel der hier übertragenen Forderungsrechte gegen Sitte verstoße, daß sie nicht nur unsittlich und unerlaubt, sondern positiv gesetzwidrig und verbrecherisch seien. So wenig davon die Rede sein könne, daß ein Kuppler bezüglich des ihm versprochenen Anteils am Unzuchtverdienst irgendwelche rechtlich begründete Ansprüche geltend zu machen berechtigt sei, so wenig sei es auch statthaft, die Q'schen Forderungsrechte an die H und K als irgendwie rechtlich geschützte Obligationenverhältnisse zu behandeln, denn:

> „Der Tatbestand des Betrugs im Sinne des § 263 RStrGB. setzt, wie die Begriffe des auf rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichteten Vorsatzes und der Vermögensbeschädigung dartun, einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen anderer voraus. Außerhalb des Kreises der geschützten Rechtsgüter versagt auch die strafrechtliche, betreffendes Handeln. verbietende Norm: jede Beschädigung oder Entziehung von Vermögenswerten, an welchen dem Benachteiligten ein Recht nicht zusteht, ist schlechthin ungeeignet, den Tatbestand des Betrugs zu erfüllen."

In gleicher Weise spricht sich das Reichsgericht im Urt. v. 20. 6. 1895[1]) aus:

Die Prostituierte Bl hatte für ihre vom Angeklagten verlangte Preisgabe eine Vorauszahlung von 10 Mk. gefordert. Der Angeklagte, der behauptete, kein Geld bei sich zu haben, händigte ihr zuerst eine von ihm ausgestellte und mit einer falschen Unterschrift versehene Anweisung auf 10 Mk. aus, welche sie sich am nächsten Morgen im Kr'schen Geschäft holen sollte. Die Bl gab sich damit zufrieden. Nachdem dann der Angeklagte den Beischlaf mit der Bl vollzogen

[1]) E. 27, 300.

hatte, zerriß er die Anweisung und übergab der Bl eine neue, welche auf 20 Mk. lautete; die Unterschrift wie auch der Name des zur Zahlung Angewiesenen waren auch diesmal fingiert. Dadurch gelang es dem Angeklagten, sich der Erfüllung seines Versprechens zu entziehen. Auch hier hob das Reichsgericht hervor, daß eine Verurteilung wegen Betrugs [1]) deshalb nicht statthaft sei, weil die Zusicherung der 10 bezw. 20 Mk. gerade für die Preisgabe der Bl erfolgt sei; diese habe wegen der Unsittlichkeit des Vertrags keinen rechtlich begründeten Anspruch auf die Zahlung der Geldsumme gehabt und könne daher auch in ihrem Vermögen durch Ausbleiben der in Aussicht gestellten, moralisch und daher auch juristisch unmöglichen Gegenleistung nicht beschädigt werden.

Besonderes Interesse erweckt noch das Reichsgerichtsurteil vom 3. Juli 1903.[2]) Hier war ähnlich dem obigen Fall festgestellt worden, daß der Angeklagte mehreren Personen in einer Reihe von Fällen gegen Entgelt Mittel verabreicht oder ihnen solche angeboten hatte, die zur Abtreibung der Leibesfrucht geeignet sein sollten, die aber nach seiner eigenen Wissenschaft diese Eigenschaft nicht besaßen. In den Fällen, wo sich jene Personen durch den so in ihnen erregten Irrtum zur Bezahlung seiner Mittel hatten bestimmen lassen, war von seiten der

---

[1]) Was die Verurteilung des Angeklagten wegen Urkundenfälschung anlangt, so wurde das Urteil aufrechterhalten, indem das Reichsgericht ausführte, daß das Wesen dieses Delikts nicht darin bestünde, daß das Vermögen eines andern beschädigt würde, daß es sich vielmehr unmittelbar gegen Treu und Glauben richte, in deren Schutz die Beweiskraft der Urkunden gestellt worden sei. Es trete daher die Strafe wegen Urkundenfälschung auch dann ein, wenn mittels derselben ein Anspruch realisiert werden sollte, der rechtlich nicht begründet war. Es sei daher überhaupt nicht die Eigenschaft des erstrebten Erfolgs als eines rechtswidrigen, welche die Strafbarkeit der Urkundenfälschung nach sich ziehe, sondern es stütze sich dieselbe nur auf Mißbrauch der Urkunde, wenn sie nur eine rechtliche Bedeutung besitze. Wenn in obigem Fall der unsittliche Grund für die stattgefundene Verpflichtung zum Ausdruck gebracht worden wäre, so würde die rechtliche Bedeutungslosigkeit des Schriftstücks eine öffentliche und dasselbe so wenig eine Urkunde sein als ein Schriftstück, welchem es an den gesetzlichen Formen der Urkunde gebreche. Hiervon sei jedoch in dem vorliegenden Schriftstück keine Rede. Der Angeklagte habe sich damit einen Vermögensvorteil verschaffen wollen, der in der Ersparnis einer Ausgabe für die Erlangung des erstrebten Genusses bestand. Daß derselbe rechtswidrig sein müsse, setze § 268 StrGB. nicht voraus.

[2]) E. 36, 336 ff.

Vorinstanz vollendeter Betrug angenommen worden, indem jene Personen bei der völligen Wertlosigkeit des Mittels um die an den Angeklagten gezahlten Beträge in ihrem Vermögen beschädigt zu erachten seien.

Die wegen vollendeten Betrugs erfolgte Verurteilung des Angeklagten wurde mit folgender Begründung vom Reichsgericht aufgehoben:

„Im Einklang mit der Literatur geht das Reichsgericht davon aus, daß der Tatbestand des Betrugs einen Eingriff in das rechtlich geschützte Vermögen anderer voraussetzt. Er versagt insbesondere da, wo der Getäuschte zu der tatsächlich sein Vermögen mindernden Aufwendung durch die Vorspiegelung einer Gegenleistung bestimmt wurde, die eine unsittliche oder unerlaubte Handlung ausmachen würde. Der Staat kann die Verletzung solcher Verträge, denen er überhaupt die rechtliche Anerkennung versagt, nicht strafrechtlich ahnden. Es wäre ein Widerspruch in sich selbst, wenn man da, wo jemand Aufwendungen um einer Gegenleistung willen macht, auf die ihrer rechtlichen Natur nach ein Rechtsanspruch von ihm gar nicht erhoben werden konnte, unterstellen wollte, er sei durch das Ausbleiben der Gegenleistung beschädigt, denn dies müßte voraussetzen, daß ihm ein Rechtsanspruch auf sie zugestanden hätte."

Die hier wiedergegebenen Urteile des Reichsgerichts dürften dessen Standpunkt zur Genüge erkennen lassen, so daß es nicht erforderlich scheint, auf die übrigen hier einschlägigen Entscheidungen noch des näheren einzugehen. Sie alle stimmen in ihrer Begründung überein; aber auch die in der Literatur zutage getretenen, unserer Anschauung konformen Ansichten weichen hinsichtlich ihrer juristischen Konstruktion nicht viel voneinander ab, insofern sie alle das ausschlaggebende Moment in der Unsittlichkeit bezw. Gesetzwidrigkeit des Rechtsgeschäfts erblicken und dem Getäuschten den rechtlich begründeten Anspruch auf die Gegenleistung versagen. Einzig und allein ist es Frank,[1]) der, wie bereits erwähnt, auf anderem Wege zu unserem Resultat kommt.

[1]) Frank, Kommentar § 263, 6 Nr. 3 Anm. c.

Frank gibt zunächst die Vermögensbeschädigung auch in rechtlichem Sinne zu. Ist schon diese Anschauung nach den obigen Ausführungen zurückzuweisen, so ist dies noch in höherem Maße der Fall hinsichtlich der von Frank vertretenen Auffassung, als ob der Vermögensvorteil, den der Täter in unsern Fällen erstrebt, kein rechtswidriger sei, wie dies vom Gesetz gefordert werde, weil der Gewährende d. i. der Getäuschte bezw. Geschädigte — entsprechend der Frankschen Definition des Begriffs „rechtswidrig" — infolge der Unsittlichkeit den hingegebenen Vermögenswert im Rechtsweg nicht zurückfordern kann! Also ist der Lohn, den die Dirne für ihr unsittliches Treiben, das Geld, das ein Winkeladvokat verlangt, um den Gegner zu bestechen, kein rechtswidriger Vermögensvorteil, nur weil die Gewährenden die Geldsumme infolge der causa des Rechtsgeschäfts im Rechtsweg nicht zurückfordern können! Diese Anschauung ist m. E. unhaltbar. Das Entscheidende liegt, wie gezeigt, darin, daß infolge der Unsittlichkeit bezw. Gesetzwidrigkeit der Gegenleistung auch der Getäuschte keinen rechtlich begründeten Anspruch darauf hat und infolgedessen bei Ausbleiben dieser Gegenleistung in einer rechtlich relevanten Weise in seinem Vermögen nicht beschädigt werden kann. Da aber keine Vermögensbeschädigung gegeben ist, so kann auch von Betrug im Sinne des § 263 RStrGB. nicht die Rede sein.

Es erübrigt noch die Temmesche Lehre einer Prüfung auf ihre Richtigkeit zu unterziehen.

Hier ist zunächst festzustellen, daß es für die Frage nach dem Vorliegen eines Betrugs in unsern Fällen gleichgültig ist, ob sich die Vorspiegelung auf ein bereits eingetretenes oder erst eintretendes, künftiges Ereignis bezieht; denn in beiden Fällen ist die Qualität des Rechtsgeschäfts maßgebend, und wenn auch dem Betrogenen ein materieller Schaden an seinem Vermögen erwachsen ist, wenn auch dieser Schaden infolge des Versagens der condictio ex iniusta causa unersetzlich ist, so liegt eben doch keine rechtlich relevante Schädigung des Vermögens vor. Zugegeben, daß der Getäuschte ein „Recht auf Wahrheit" gehabt hat, durch sein Eingehen auf dieses Angebot, durch sein subjektiv unsittliches Verhalten hat er sich des Anspruchs auf Rückforderung des Geleisteten begeben.[1]) Nicht der tatsächlich vor-

[1]) Im übrigen widerspricht sich Temme selbst, wenn er a. a. O. 36 den Satz aufstellt: „Das Mindeste, was zu der Handlung des Betrugs erfordert werden

handene Schaden kommt in Betracht, sondern nur die Schädigung des juristisch-ökonomischen Vermögens in dem oben gekennzeichneten Sinne. Daher ist Temmes Lehre als unrichtig zurückzuweisen, sofern sie die Möglichkeit des Betrugs bejaht.

Es ist somit das Endergebnis unserer Erörterungen folgendes.

Ein Betrug bei beiderseits unsittlichen oder gesetzwidrigen Rechtsgeschäften ist im Sinne des § 263 RStrGB. nicht möglich,

1. weil diese Art von Rechtsgeschäften aus ethischen Gründen vom Staate weder zivilrechtlich noch strafrechtlich Anerkennung finden kann und findet;

2. weil die Tatbestandsmerkmale des Betrugs nicht zutreffen, indem von einer rechtlich relevanten Vermögensschädigung nicht die Rede sein kann.

Unsere Frage, ob trotz Wegfalls der Zivilklage nicht doch Betrug vorliegt, muß daher verneint werden.

§ 15.

Über die Frage der Möglichkeit eines Betrugsversuchs.

Haben wir soeben die Frage, ob Betrug im Sinne des Strafrechts bei unsittlichen oder gegen das Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäften möglich sei, in negativem Sinne entschieden, so ist es von Interesse, nun weiter auch die Frage nach dem Vorliegen eines Betrugsversuchs in unsern Fällen zu prüfen.

Hinsichtlich dieser Frage hat das Reichsgericht in dem mehrerwähnten Urteil vom 21. April 1898[1]) ausgeführt, daß der Versuch, durch das Versprechen einer nach dem Wissen des andern unerlaubten Leistung eine Vorleistung zu erlangen, eine Vermögensbeschädigung dessen, der zur Vorleistung bestimmt werden sollte, nicht bewirken

---

kann, ist, daß sie von solcher Beschaffenheit ist, daß sie privatrechtliche Folgen zur Wiederherstellung des verletzten Rechts nach sich zieht. Hieraus läßt sich der Schluß entnehmen: wo eine Handlung von der Art ist, daß daraus keine Privatrechtsverbindlichkeit für den Handelnden besteht, da ist sie auch nicht imstande, einen strafbaren Betrug zu begründen." Folgerichtig hätte Temme in unsern Fällen zu dem gegenteiligen Resultat kommen müssen als dem, zu welchem, wie wir gesehen haben, er tatsächlich gelangt ist; er müßte hier Betrug verneinen.

[1]) GA. 46, 216.

könne. Damit sei ausgeschlossen, daß bei solchem Versuch die bloße Vorspiegelung des Willens, die Gegenleistung zu beschaffen, einen Betrugsversuch ausmachen könne; ebenso bemerkt das Reichsgericht in dem gleichfalls erwähnten Urteil vom 3. Juli 1903,[1]) daß die dort vertretenen (auf S. 56 unserer Abhandlung wiedergegebenen) Grundsätze über die Unmöglichkeit eines Betrugs nicht allein zur Ausschließung des Tatbestandsmerkmals des vollendeten Betrugs führten, sondern daß auch Betrugsversuch seitens dessen nicht gegeben sei, der seinem und des Gegenteils Willen entsprechend eine unerlaubte und im gekennzeichneten Sinne unmögliche Leistung verspreche, um den andern zur seinerseitigen Leistung zu bestimmen.

Hierzu bemerkt Galli folgendes[2]):

> „Folgt man den Ausführungen, so scheint die Möglichkeit eines Betrugsversuchs in den Fällen nicht verkannt zu sein, wo der Vorspiegelung kein Glauben geschenkt und aus diesem oder einem andern von dem Willen des Täters unabhängigen Grunde die verlangte Geldgewährung verweigert wird. Dieser Standpunkt ist indes nicht aufrechtzuerhalten; er führt zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung über das Vorliegen eines Betrugsversuchs von einem in der Person des Getäuschten hinzutretenden und in der Mehrzahl der Fälle der Vorspiegelung erst nachfolgendem Momente, nämlich von dessen Zustimmung oder Ablehnung abhängt, während es im Rahmen des § 43 RStrGB. doch nur darauf ankommt, ob in der Person des Täters bei der Vorspiegelung ein dem § 263 RStrGB. entsprechender Vorsatz obgewaltet hat."

Die Frage, ob ein versuchter Betrug vorliegt, ist zunächst lediglich — darin hat Galli zweifellos recht — aus der Person des Täters heraus zu beantworten; sie findet ihre Antwort nur in dem Willen des Täters; ob derjenige, welcher getäuscht werden soll, sich der juristischen Unmöglichkeit der ihm vorgespiegelten Gegenleistung bewußt ist oder nicht, diese Frage kommt zunächst nur für den Tatbestand des vollendeten Betrugs in Betracht; sie ist aber auch relevant für den Tatbestand des versuchten Betrugs.

---

[1]) E. 36, 336.

[2]) DJZ. 9, 1125.

Das Reichsstrafgesetzbuch bestimmt in § 43:

„Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt."

Da der § 263 RStrGB. in Abs. 3 eine Bestimmung der letzteren Art enthält, so ist die Anwendbarkeit des § 43 RStrGB. gegeben.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, daß Versuch im Sinne des § 43 dann vorliegt, wenn der Wille des Täters darauf gerichtet ist, den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens zu verwirklichen, und sich in einer Handlung offenbart hat, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthält, gleichwohl aber das Verbrechen oder Vergehen nicht vollendet worden ist. Es wird somit im einzelnen erfordert:

1. Der Wille (Vorsatz), eine Handlung vorzunehmen, welche objektiv die Merkmale eines Verbrechens enthält.

2. Dieser Wille muß in die Erscheinung treten; er muß sich in einer Handlung betätigen, die einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthält.

3. Das Bewußtsein des Täters, daß durch seine Handlung die Merkmale dieses Verbrechens verwirklicht werden.

4. Das Verbrechen darf nicht zur Vollendung gekommen sein.

Wenden wir dies auf unsere Fälle an! Als Beispiel diene der dem Reichsgerichtsurteil v. 6. 6. 1898[1]) zugrunde liegende Fall: Der Angeklagte hatte sich dort als Gefangenenaufseher ausgegeben und zum Zwecke der angeblichen Befreiung eines Gefangenen von dessen Angehörigen 3000 Mk. verlangt, jedoch wegen Unglaubwürdigkeit seiner Angaben nichts erhalten.

Hätte der Angeklagte hier sein Ziel erreicht und von den Verwandten des Gefangenen tatsächlich die geforderte Summe erhalten, so hätten diese zweifellos eine Aufwendung gemacht um einer Gegen-

[1]) GA. 46, 336.

leistung willen, die eine gegen das Gesetz verstoßende Handlung ausmachen würde. Hätte sich der Angeklagte nach Empfang der Summe entfernt, ohne natürlich die versprochene Gegenleistung erfüllen zu können, so würden die getäuschten Angehörigen des Gefangenen zwar eine materielle Einbuße an ihrem Vermögen erlitten haben; dieselbe käme jedoch rechtlich nicht in Betracht, da es, wie wir gesehen haben, bei der Vermögensbeschädigung nicht sowohl auf den hingegebenen Vermögensvorteil als vielmehr auf die in Aussicht gestellte Gegenleistung ankommt, diese jedoch im konkreten Falle gegen das Gesetz verstoßen und demzufolge juristisch unmöglich sein würde. Ihr Vermögen wäre in einer rechtlich unerheblichen Weise beschädigt worden; eine Verurteilung wegen Betrugs wäre ausgeschlossen; dies alles aber nur unter der Voraussetzung, daß die Getäuschten den nötigen Einblick in die unsittliche Qualität der Gegenleistung besessen haben. Hatten sie dieselbe nicht gehabt, so kann Betrug gegeben sein.

Würde man sich nun den Ausführungen des Reichsgerichts anschließen, so würde auch für die Frage des Betrugsversuchs maßgebend sein, ob diejenigen, welche getäuscht werden sollten, sich der juristischen Unmöglichkeit der ihnen vorgespiegelten Gegenleistung bewußt waren, oder ob dies nicht der Fall war. Kannten sie diese Tatsache, so wäre Betrugsversuch ausgeschlossen; waren sie sich der juristischen Unmöglichkeit nicht bewußt, so wäre Betrugsversuch möglich. Damit wäre, wie Galli richtig bemerkt, die Entscheidung der Frage, ob ein Betrugsversuch vorliegt, abhängig gemacht von der Person dessen, der getäuscht werden soll; es käme darauf an, ob er dem unsittlichen oder gesetzwidrigen Angebot zustimmt, oder ob er es zurückweist. Ist dies gerechtfertigt?

Der Täter muß nach dem oben Gesagten seinen Willen, eine Handlung vorzunehmen, welche objektiv die Merkmale eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens enthält, in einer Handlung betätigt haben, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthält, in dem Bewußtsein, daß durch diese Handlung die Merkmale der strafbaren Tat verwirklicht werden. Zweifellos hat in unseren Fällen der Täter den Willen, das Vermögen des anderen durch Täuschung dieser Person zu schädigen, und handelt in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Sind aber in

dieser Handlung objektiv die Merkmale des Betrugs enthalten? Sie sind doch nur dann gegeben, wenn der Gegenkontrahent sich der Unsittlichkeit oder Gesetzwidrigkeit der ihm in Aussicht gestellten Gegenleistung nicht bewußt ist! Dies muß also festgestellt sein; weiter aber muß der Täter das Bewußtsein haben, daß durch seine Handlung die Tatbestandsmerkmale des Betrugs realisiert werden, daß insbesondere das Vermögen des anderen beschädigt wird. Nun kann aber die Handlung des Täters in Fällen gegenwärtiger Art nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zu einer Beschädigung des Vermögens dessen, der getäuscht werden soll, führen. Diese Voraussetzungen liegen aber hinwiederum in der Person des anderen, ihre Feststellung ist daher unter den obwaltenden Umständen erforderlich, und es rechtfertigt sich daher die Ansicht des Reichsgerichts, das die Forderung dieser tatsächlichen Feststellung in unseren Fällen ausspricht; denn sonst muß unsere Frage unbeantwortet bleiben.

In den Fällen, in denen der Getäuschte die zur Erkenntnis der unsittlichen oder gesetzwidrigen Qualität der ihm versprochenen Gegenleistung erforderliche Einsicht nicht hat, kann nach dem oben Gesagten ein Betrug und demzufolge auch Betrugsversuch möglich sein; daß der Täter den Mangel der Einsicht bei seinem Gegner kennt, ist nicht erforderlich; nur diesem letzteren selbst muß die nötige Einsicht fehlen; in den Fällen, in denen der Getäuschte jedoch diese Einsicht besitzt, liegt die Sache folgendermaßen:

Hat der Täter in dem Bewußtsein gehandelt, daß durch seine Handlung der Tatbestand des Betrugs erfüllt werde, hielt er also Umstände gegeben, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, die aber — weil die materiell vorhandene Vermögensbeschädigung rechtlich belanglos ist — in Wirklichkeit nicht gegeben sind, so liegt nur eine strafrechtlich bedeutungslose Wahnvorstellung des Täters vor, und eine Bestrafung wegen versuchten Betrugs ist unmöglich. Hat jedoch der Täter — was allerdings selten vorkommen dürfte — in dem Bewußtsein gehandelt, daß durch seine Handlung die Tatbestandsmerkmale des Betrugs nicht verwirklicht werden können, so sind die Erfordernisse für das Vorliegen eines Betrugsversuchs im Sinne der §§ 263 und 43 RStrGB. erst recht nicht gegeben und ein Betrugsversuch auch hier ausgeschlossen.

Der gleichen Anschauung huldigt auch das Reichsgericht, welches

in der bemerkenswerten Entscheidung vom 6. 6. 1898[1]) folgendes ausführt:

„Die Hingabe von Vermögenswerten durch die Angehörigen des Gefangenen hätte zwar — ökonomisch betrachtet — eine Vermögensminderung herbeigeführt, allein diese Minderung des Vermögens existiere als solche für das Recht nicht; es erscheine hiernach gleich der Annahme eines vollendeten Betrugs auch die Annahme eines Betrugsversuchs schlechthin ausgeschlossen, da das Bewußtsein des Täters das Eintreten einer Vermögensbeschädigung im rechtlichen Sinne umfaßt haben müsse, in einem Fall der vorliegenden Art einen rechtlich nicht als Vermögensbeschädigung zu qualifizierenden Erfolg umfaßt haben könne, den der Täter entweder als den Begriff der Vermögensbeschädigung nicht erfüllend nicht erkannt oder nur irrtümlich als Vermögensbeschädigung aufgefaßt habe."

Demgegenüber bemerkt Galli[2]):

„Die an sich strafbare Tat könne durch die Beschaffenheit des Zweckes, zu dem die 3000 Mk. verlangt worden seien, schon um deswillen nicht straffrei werden, weil dieser Zweck vom Täter nur vorgespiegelt und auf seiner Seite gar nicht vorhanden gewesen sei. Der Vorsatz des Täters sei derselbe, mag von ihm als Zweck die Ablieferung des Geldes an die Ortsarmenkasse oder an die Lohndirne vorgegeben werden. Es enthalte die Feststellung eines auf Vermögensbeschädigung gerichteten Vorsatzes keinen Widerspruch, wenn der unsittliche Zweck in einem Irrtum des Getäuschten beruhe und dieser Irrtum vom Täter mit dem Bewußtsein erregt oder unterhalten sei, daß die von ihm mittels des Irrtums erstrebte Disposition des Getäuschten für diesen mit dem Verlust von Vermögenswerten verbunden sei."

Diese Bemerkungen Gallis geben zu erheblichen Bedenken Anlaß. Galli, der unter dem „Zweck", zu dem die 3000 Mk. verlangt waren, offenbar die vorgespiegelte Gegenleistung versteht, meint, daß deshalb, weil der unsittliche Zweck nur vorgespiegelt, also im Willen

[1]) GA. 46, 330.
[2]) DJZ. 9, 1125.

des Täters gar nicht gelegen war, erst recht die schon an sich strafbare Tat von ihrer Strafbarkeit nichts verlieren könne; er will damit sagen, die Beschaffenheit der Gegenleistung kann schon aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil sie der Notwendigkeit ihres tatsächlichen — momentanen oder künftigen — Vorhandenseins in der Wirklichkeit entbehrte. Mit nichten! In der Vorspiegelung der Eigenschaft als Gefangenenwärter ist der Wille des Täters, das Vermögen des andern zu schädigen, in die Erscheinung getreten, und zwar offenbarte er sich in der Form eines Antrags zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts. Der andere sollte glauben, daß ihm die Gegenleistung, wie sie ihm zugesagt wurde, in Zukunft werde bewirkt werden. Die Leistung war angeboten. Ihr Inhalt aber war unsittlich bezw. gesetzwidrig, und dieser Charakter der Leistung bedingt im Falle des Vorhandenseins der erforderlichen Einsicht in der Person des Getäuschten die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bezw. des Angebots zum Abschluß desselben und somit auch die Unmöglichkeit eines strafrichterlichen Einschreitens. Es ist daher irreführend, wenn Galli hier von dem „vorgespiegelten" Zweck spricht. — Wenn nun, wie es hier der Fall war, der andre die Vorspiegelung sofort erkannte und deshalb das Ansinnen des Täuschenden zurückwies, wenn daher der beabsichtigte Betrug durch irgend welche Umstände im Stadium des Versuchs stecken blieb, so wird es weiterhin nötig sein, festzustellen, ob der andere die unsittliche bezw. gesetzwidrige Qualität der vorgespiegelten Gegenleistung erkannte, und erst dann läßt sich in der schon angegebenen Weise die Antwort auf die Frage geben, ob ein Betrug nach § 263 RStrGB. vorliegt.

Wenn dann weiter Galli in etwas unklarer Weise bemerkt, daß die Feststellung eines auf Vermögensbeschädigung gerichteten Vorsatzes keinen Widerspruch enthalte, wenn der unsittliche Zweck in einem Irrtum des Getäuschten beruhe und dieser Irrtum von dem Täter mit dem Bewußtsein erregt und unterhalten werde, daß dadurch der Getäuschte zu einer sein Vermögen mindernden Disposition bestimmt würde, so übersieht Galli, wie oben gezeigt, daß eben dieses Bewußtsein nur eine Wahnvorstellung auf seiten des Täters ist, weil eine Vermögensbeschädigung nicht vorliegen kann, eine Wahnvorstellung, die rechtlich belanglos ist. Daher entfällt überhaupt die Möglichkeit einer derartigen juristischen Konstruktion, wie sie Galli hier macht.

Angesichts dieser Umstände drängt sich uns von selbst die Frage

auf, ob nicht von einem sogen. „untauglichen Versuch“ in unsern Fällen gesprochen werden kann und infolgedessen die Grundsätze, welche die Wissenschaft über diese Materie aufgestellt hat, auch in den Fällen gegenwärtiger Art zur Anwendung zu kommen haben, wie dies auch Galli verlangt, wenn er schreibt:

> „Die allgemeinen Grundsätze des Versuchs mit untauglichen Mitteln finden auch beim Betrugsversuch Anwendung. Soweit darnach die Annahme eines strafbaren Versuchs nicht von der Tauglichkeit des Mittels zur Herbeiführung einer Vermögensbeschädigung, sondern nur davon abhängt, daß der Täter das Mittel für tauglich gehalten hat, handelt es sich um eine rein tatsächliche Frage, welche auf dem Boden der Wirklichkeit, aus dem Geiste des Täters heraus zu beantworten ist. Dabei wird sich regelmäßig ergeben, daß dem Vorstellungsvermögen des Täters die Konstruktion eines tatsächlich eingetretenen, rechtlich aber ausgeschlossenen Vermögensschadens fern geblieben ist.“

Die strafrechtliche Behandlung des „untauglichen Versuchs“ gehört zu den ältesten Streitfragen, welche die Strafrechtswissenschaft kennt, und ist auch jetzt noch der Gegenstand lebhafter Diskussionen. Schon die römischen Juristen haben sich mit diesem Problem beschäftigt, ohne jedoch allgemeine Grundsätze aufzustellen; sie prüften die Frage ähnlich, wie wir dies oben in dem geschichtlichen Teil unserer Abhandlung bei der Entwicklung des Betrugsbegriffs gesehen haben, nur an einzelnen Straffällen und schieden zwischen straflosen und strafbaren Versuchshandlungen. Im gemeindeutschen Recht wurde der untaugliche Versuch meist als Milderungsgrund erachtet, der die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens ausschloß. Ventiliert wurde die Streitfrage erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts durch Feuerbach, der nur den gefährlichen Versuch für strafbar erklärte und die Forderung aufstellte, daß die Handlung ihrer äußeren Beschaffenheit nach mit dem beabsichtigten Erfolg in kausalem Zusammenhang stehen müsse. Damit war der Grund gelegt zu der hauptsächlich von Berner, Binding, Meyer und Merkel[1]) gemachten Unterscheidung zwischen dem absolut untauglichen Versuch und dem relativ untauglichen Versuch, je nachdem

[1]) Berner a. a. O. 1, 153; Binding a. a. O. 1, 693; Meyer a. a. O. 210; Merkel, Lehrbuch 136, 132.

die Handlung mit dem angewendeten Mittel bezw. dem angegriffenen Objekte unter keinen Umständen zur Vollendung kommen konnte oder nur wegen der besonderen Verhältnisse des konkreten Falls hierzu ungeeignet war.

Theorie und Praxis behandelten beide Fälle völlig verschieden, und aus diesem Grunde wird auch die Beantwortung unserer Frage eine verschiedene sein je nach dem Standpunkt, den man zu dem Problem des untauglichen Versuchs überhaupt einnimmt. Heute stehen sich noch drei Anschauungen gegenüber:

Die erste, begründet von Buri — die sogen. subjektive Theorie —, hat die Unterscheidung hinsichtlich der Strafbarkeit des absolut und des relativ untauglichen Versuchs überhaupt aufgegeben und beide Fälle für strafbar erklärt. Sie geht davon aus, daß im Versuche der verbrecherische Wille dasjenige Moment sei, gegen welches das Strafgesetz reagiere, im Gegensatz zu dem in dem vollendeten Verbrechen zutage getretenen aus dem verbrecherischen Willen hervorgegangenen rechtswidrigen Erfolge.[1]) Wenn auch die Handlungen, in denen sich der verbrecherische Wille kundgegeben habe, manchmal so wenig als der Gedanke des Verbrechers objektiv eine Gefahr für die öffentliche Rechtsordnung seien, und deshalb auch kein Anlaß zu strafrechtlichem Einschreiten gegeben sei, so dürften deswegen doch nicht die jede Möglichkeit einer Vollendung ausschließenden Handlungen von der Strafbarkeit eines Versuchs freigegeben werden. Dies müßte zur Folge haben, daß der strafbare Versuch nicht nur auf die eine teilweise Vollendung enthaltenden Handlungen beschränkt, sondern jeder Versuch straflos sein würde; denn kausal für den Erfolg sei eine Handlung nie, wenn ein Erfolg nicht eingetreten sei. Da es ferner Handlungen, die unter allen Umständen ungeeignet seien, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, in Wirklichkeit im allgemeinen überhaupt nicht gebe, sondern nur im Einzelfall sich als solche zur Hervorbringung des beabsichtigten Erfolges ungeeignet erweisen könne, so sei es verfehlt, zwischen Handlungen mit absolut untauglichen und mit nur relativ untauglichen Mitteln hinsichtlich ihrer Strafbarkeit oder Strafloſigkeit zu scheiden. Wolle man nicht die letztere bei allen Handlungen statuieren, so lasse sich kein Grund dafür geltend machen, dieselbe bei den ersteren ein-

[1]) vgl. RGE. 1, 439.

treten zu lassen. Der Irrtum des Täters über die Tauglichkeit seiner Handlung habe auf deren Strafbarkeit keinen Einfluß, weshalb auch der sogen. absolut untaugliche Versuch strafbar sei.

Diese Anschauung begegnet uns in einer Reihe von Entscheidungen; nach ihr müßte eigentlich das Reichsgericht die Frage, ob ein strafbarer Betrugsversuch in unsern Fällen vorliegt, bejahen; denn auch hier hat der Täter das getan, was er als zur Verwirklichung seines verbrecherischen Einflusses geeignet angesehen hat, und damit seine Auflehnung gegen die Rechtsordnung betätigt. Warum das Reichsgericht nicht diese Konsequenz zieht, ist nicht ersichtlich. Der gleichen Ansicht wie das Reichsgericht sind noch Hälschner, Lammasch, Stenglein und von Wächter.[1])

Die zweite und zwar die herrschende Meinung erklärt den absolut untauglichen Versuch für straflos und nur den relativ tauglichen Versuch für strafbar. Das versuchte Verbrechen sei im Gegensatz zum vollendeten Verbrechen als der Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale durch die Willensbetätigung des Täters zu definieren als die auf Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale gerichtete, diese Verwirklichung aber nicht erreichende Willensbetätigung des Täters. Das Wesen des Versuchs liege in der Richtung der Willensbetätigung, somit in der Beziehung des Geschehenen auf ein Nichtgeschehenes. Diese Beziehung müsse subjektiv gegeben sein in dem Vorsatz, mithin in der Gefährlichkeit des Täters, und objektiv in der Möglichkeit sei es des Erfolgseintritts, sei es der Verwirklichung der übrigen Tatbestandsmerkmale, hiernach in der Gefährlichkeit der Willensbetätigung, so daß der ungefährlichen Tat das den Versuch kennzeichnende Merkmal mangle. Daraus folge aber, daß der ungefährliche (absolut untaugliche) Versuch[2]) überhaupt nicht Versuch und daher auch nicht strafbar sei.[3]) Diese Anschauung vertreten vor allem Berner, Binding,

[1]) Hälschner a. a. O. 1, 353; Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechensversuchs 1879, 63; Stenglein, GS. 48, 228; von Wächter, Vorlesungen, 1881, 210.

[2]) Hälschner hat namentlich auch die Unterscheidung zwischen Objekt und Mittel für ungerechtfertigt erklärt, weil „es sich lediglich um das Kausalverhältnis von Versuch und Wirkungen, Bedingungen und Erfolg handle und in diesem Verhältnis alles, was in der Mitte zwischen Willensbestimmung und Erfolg liege, was ihr Kausalverhältnis vermittle, Mittel sei, wesentlich also auch das Objekt" (a. a. O. 1, 348 f).

[3]) So v. Liszt a. a. O. § 46, I und § 47, II.

v. Liszt, Löning, Merkel und Meyer.[1]) Nach Löning insbesondere beruht die ganze Lehre von dem sogen. untauglichen Versuch auf einer Verwechslung der absolut untauglichen Mittel für einen Erfolg (den es gar nicht gibt) mit dem absolut nicht erreichbaren, d. h. erfahrungsmäßig auf keine Weise zu bewirkenden Erfolg.

Die dritte besonders von Olshausen und Frank[2]) verfochtene Ansicht geht dahin, daß zwischen „Versuch" und „Mangel im Tatbestand" zu unterscheiden sei, und behauptet, daß dann, wenn das angegriffene Objekt überhaupt nicht vorhanden sei oder sich als untauglich erweise, nur ein Putativdelikt vorliege.

Ich kann mich der Anschauung des Reichsgerichts nicht anschließen, da dasselbe wie v. Liszt[3]) richtig bemerkt, eine zweifellos falsche Schlußfolgerung zieht, indem es etwas als gegeben erachtet, was nicht gegeben ist. Die These, daß jeder Versuch schlechthin strafbar sei — wie das Reichsgericht annimmt — findet sich an keiner Stelle begründet. Infolgedessen ist aber auch die Schlußfolgerung des Reichsgerichts unrichtig: da der untaugliche Versuch auch Versuch ist, so ist er ebenfalls strafbar. — Aber auch die Ansicht Franks und Olshausens führt zu keinem brauchbaren Ergebnis; vielmehr halte ich dafür, daß strafbar nur ein solcher Versuch ist, der sich in einer Handlung zeigt, die zur Verwirklichung eines tauglichen Vorhabens, also eines solchen geeignet ist, dessen richtige Ausführung im gegebenen Falle zur Vollendung des Verbrechens hätte führen können.

Wenden wir dies auf die Fälle gegenwärtiger Art an, so sehen wir, daß die Voraussetzungen für die Möglichkeit eines strafbaren „untauglichen Versuchs", d. h. eines gefährlichen Versuchs hier nicht gegeben sind, da das Vorhaben des Täters auch im Falle der Vollendung der Handlung nicht zur Vollendung des Verbrechens führen konnte; es war somit das Vorhaben selbst ein untaugliches, die Handlung selbst nicht zur Verwirklichung eines tauglichen Vorhabens geeignet. Es muß daher auch die Frage, ob nicht ein sogen. strafbarer „untauglicher Versuch" in unsern Fällen vorliegt, verneint werden.

---

[1]) Berner a. a. O. 153; Binding a. a. O. 1, 693; Löning, Grundriß 1885, 50; Merkel, Lehrbuch 136; H. Meyer a. a. O. 132.

[2]) Frank, Kommentar § 43, 2; Olshausen a. a. O. § 43 Anm. 20 u. 23.

[3]) v. Liszt a. a. O. 211.

III. Schlußbemerkung.

§ 16.

Daß in den Fällen „betrüglichen" Verhaltens, wie sie Gegenstand dieser Arbeit waren, eine Bestrafung nach § 263 RStrGB., bezw. §§ 263, 43 RStrGB. nicht statthaben kann, ist zweifellos zu bedauern, und die Gefahren, die darin besonders für leichtgläubige Personen liegen — dieselben brauchen gar nicht „moralisch schwach" zu sein, wie sie Lindenberg nennt —, sollen gewiß nicht verkannt werden. Der Kriminalstudent, der davon hört, wird sich die Entscheidung nur zu sehr zu nutze machen.

Es werden daher von seiten der Gegner der hier vertretenen Anschauung stets auch noch praktische Erwägungen, die gegen dieselbe sprechen, ins Feld geführt. So schreibt u. a. Rommel[1]):

> „Abgesehen von den rechtlichen Bedenken, muß auch noch ein praktisches Bedenken gegen die Auffassung des Reichsgerichts erwähnt werden, welches darin zu suchen ist, daß die schamlosesten Betrügereien, welche sich auf unerlaubte oder unsittliche Leistungen beziehen, sonst straffrei bleiben würden, während doch auch der Unsittliche oder Verbrecher in bezug auf sein Vermögen gegenüber nicht besser Berechtigten einen Rechtsschutz finden muß und auch sogar im Zivilrecht, wenigstens in beschränktem Maße, findet.
>
> Anstatt die Moralität und Rechtlichkeit zu fördern, indem man den Dieb, den Kuppler und dgl. Personen außerhalb des Rechtsschutzes stellt, scheint vielmehr hierdurch ein ungünstiger Einfluß auf das Verhalten anderer ausgeübt zu werden. Jene werden mit einem Teil ihres Vermögens, da ihnen kein wirkliches Recht daran zusteht, für rechtlos erklärt und andre da-

[1]) Rommel a. a. O. 91.

durch geradezu herausgefordert, sich desselben durch List oder sonstwie zu bemächtigen."

Die Berechtigung dieser Ausführungen soll, soweit dieselben die gefährlichen Folgen der geänderten Rechtsprechung des Reichsgerichts betreffen, nicht bestritten werden, allein das positive Recht gewährt uns keine Möglichkeit, die Frage, die uns hier beschäftigt, anders zu entscheiden.

Es mag Befremden erregen, wenn man liest, daß ein Prozeßvertreter in der oben geschilderten Weise seinem Mandanten Geld ablockt und dann ungestraft die Früchte seines Tuns genießen darf; besonders der Laie wird nach wie vor die Handlung des Prozeßvertreters ebenso wie die der Dirne, die eine Mannsperson um den Hurenlohn prellt, für Betrug erklären. Aber es wäre doch völlig verfehlt, wollte man aus dem Sprachgebrauch des Volkes, das oft ein und dasselbe Wort in ganz verschiedenem Sinne und ohne jede äußere Unterscheidung anwendet, folgern, daß nun auch das positive Recht, das sich allerdings auf dem Rechtsgefühl des Volkes aufbauen soll, sich diesem Sprachgebrauch anschließen und das für Betrug erklären müßte, was es von seinem Standpunkt aus nicht als Betrug erklären kann. Wenn es auch die Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Anschauungen des Volkes über Recht und Sitte bei Aufstellung der Gesetzesnormen zu folgen und ihnen Rechnung zu tragen, so darf er sich doch nicht zu einem, ich möchte sagen, willenlosen Werkzeug desselben hergeben. So wenig sich das Volk bei Feststellung der Grenzen, innerhalb deren sich der Gebrauch eines Wortes zu bewegen hat, nur von kriminellen Gesichtspunkten leiten läßt, so wenig ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich ängstlich an den Sprachgebrauch des Volkes zu klammern. Wenn der Volksgeist das Wort „Betrug" in dieser oder jener Beziehung auf bestimmte Verletzungen von Gütern gebraucht, so ist dem Gesetzgeber damit nur die Möglichkeit gegeben, dieses Wort in einem engeren juristischen Sinne auf solche Verletzungen anzuwenden; es besteht aber für ihn nicht die zwingende Notwendigkeit, das Wort in ebenso allgemeinem Sinne zu gebrauchen.

Endlich mag es auch richtig sein, daß

„strafpolitische Erwägungen dazu führen können, auf dem Gebiete des materiellen Strafrechts der natürlichen Empfindung

und den allgemeinen Volkssitten mehr Rechnung zu tragen, als die positiven Normen des Zivilrechts dies können." [1])

Aber all dies zugegeben, haben wir noch keine Berechtigung, in Fällen, wie sie hier zur Erörterung stehen, von allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuweichen und den Boden der positiven Gesetzgebung zu verlassen. Der Jurist darf dort nicht den Tatbestand eines Verbrechens als gegeben erachten, wo dies nicht der Fall ist; er darf insbesondere aus Zweckmäßigkeitsgründen [2]) da nicht eine Bestrafung eintreten lassen, wo das Gesetz keine rechtliche Unterlage bietet. Treffend bemerkt — und dies gilt m. E. auch für unsere Fälle — Dernburg [3]):

„Es ist gut und richtig, in der Rechtsprechung dem Rechtsgefühl zu folgen. Doch wir stehen nicht mehr in einer Zeit, wo die Schöffen nach ihrer Überzeugung, welche die Volksüberzeugung vertritt, die Rechtssachen beurteilten. Wir stehen unter einer positiven Gesetzgebung, welche dem Richter pflichtmäßig maßgebend ist. Das Rechtsgefühl muß sich in deren Schranken und unter deren Beobachtung zur Geltung bringen."

Auch unter denen, welche mit unserer Anschauung übereinstimmen, fehlt es nicht an solchen, welche die Schattenseiten derselben nicht verkennen; Merkel ebenso wie das Reichsgericht [4]) selbst haben darauf hingewiesen; aber die praktischen Erwägungen müssen weichen vor den ethisch-rechtlichen Gründen des Gesetzes. Der Staat kann sich nicht mit sich selbst in Widerspruch setzen; seine Autorität verlangt gleichheitliche Durchführung der Rechtsgrundsätze und somit die Negierung unserer Frage.

Auch ein Eingreifen aus sittenpolizeilichen Gründen wurde angeregt, ein Verfahren, wie es ähnlich schon das allgem. Landrecht kannte. Ob aber damit in praxi etwas zu erreichen ist, erscheint mir zum mindesten zweifelhaft. Jedenfalls ist es Sache des Gesetzgebers und nicht des Richters, hier Mittel und Wege zu finden, um nicht — und darin stimme ich Lindenberg bei — ein Privileg zu schaffen für

[1]) s. die Ausführungen des RG. in E. 35, 51.

[2]) s. Lindenberg (DJZ. 9, 425): „Ist es zweckmäßig, die Geschäftskniffe eines im Finstern schleichenden Gewerbes so zu privilegieren, wie dies hier geschieht? Die ältere Praxis des Reichsgerichts erschien uns zweckentsprechender."

[3]) DJZ. 8, 2.

[4]) s. RGE. 21, 163.

ein Gewerbe, das im Finstern schleicht und für viele schädigend wirkt. Der Richter muß nach dem Gesetz entscheiden. So richtig es ist, daß nicht alles, was gesetzlich erlaubt ist, vom Standpunkt der Moral aus gebilligt werden kann, so richtig ist auch die Umkehrung des Satzes, daß nicht alles, was die Moral nicht billigen kann, gesetzlich verboten ist. Es kann daher in den Fällen, wo es sich um unsittliche oder gesetzwidrige Rechsgeschäfte handelt, weder von einem vollendeten noch von einem versuchten Betrüg nach den obigen Darlegungen die Rede sein.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.